

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TIAGO CRACCO MIRANDA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SUA
TUTELA ATRAVÉS DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA FUNDAMENTADA EM
EVIDÊNCIA**

CURITIBA

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TIAGO CRACCO MIRANDA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SUA
TUTELA ATRAVÉS DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA FUNDAMENTADA EM
EVIDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial de à obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito - Habilitação em Direito das Relações Sociais, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

TIAGO CRACCO MIRANDA


O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SUA TUTELA ATRAVÉS DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA FUNDAMENTADA EM EVIDÊNCIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

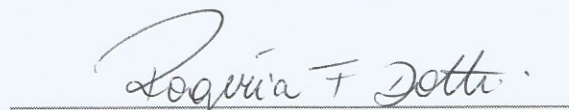


SÉRGIO CRUZ ARENHART
Orientador

Coorientador



RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS
Primeiro Membro



ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI
Segundo Membro

AO DESESPERADO GRADUANDO
QUE
PRIMEIRO FOLHEAR ESTAS FRIAS PÁGINAS
EM BUSCA DE BIBLIOGRAFIA
DEDICO
COM SAUDOSA LEMBRANÇA
O PRESENTE

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa a analisar o instituto da duração razoável do processo através do status de direito fundamental que lhe é atribuído pelo texto da Constituição Federal em seu art. 5º, inc. LXXVIII. Para tanto, a partir de sua construção normativa no ordenamento jurídico-processual brasileiro, analisar-se-á a delimitação de seu núcleo conceitual e de seu âmbito de proteção, bem como sua natureza jurídica e sua qualificação no sistema normativo de que faz parte. A partir disso, estuda-se os principais efeitos por ela produzidos em sua dimensão subjetiva - para seus titulares e destinatários - e em sua dimensão jurídico-objetiva, através de sua influência enquanto elemento nuclear da sistemática processual instituída pela ordem constitucional brasileira e de sua função conformadora sobre o modo de atuação dos Poderes Públicos para protegê-la e com ela se compatibilizar. Uma segunda parte do trabalho é destinada ao estudo da técnica antecipatória fundamentada em evidência, vista enquanto um dos principais instrumentos de nosso sistema processual aptos a tutelar o direito fundamental à razoável duração do processo ao servir como meio de distribuição isonômica dos encargos inerentes à dilação temporal entre as partes da relação jurídica processual. Para tanto, analisar-se-á a delimitação conceitual da evidência do direito que enseja sua aplicação, bem como as hipóteses legalmente previstas no art. 311 do Código de Processo Civil para o uso da técnica no procedimento comum. Por fim, buscar-se-á compreender sua dinâmica de atuação no ordenamento jurídico para a proteção deste direito fundamental, que compõe o núcleo constitucional da atividade de prestação jurisdicional brasileira.

Palavras-chave: Razoável duração do processo. Celeridade. Efetividade da prestação jurisdicional. Técnica antecipatória. Evidência do direito.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 2 | O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO..... | 11 |
| 2.1 | CONSTRUÇÃO NORMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.... | 11 |
| 2.2 | DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO..... | 17 |
| 2.3 | NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA E SUA (IM)PONDERABILIDADE..... | 24 |
| 2.4 | TITULARIDADE E DIMENSÃO SUBJETIVA..... | 28 |
| 2.5 | DIMENSÃO JURÍDICO-OBJETIVA..... | 38 |
| 3 | A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA FUNDAMENTADA EM EVIDÊNCIA..... | 46 |
| 3.1 | O TEMPO ENQUANTO ÔNUS PROCESSUAL E A NECESSIDADE DE SUA DISTRIBUIÇÃO ISONÔMICA NO PROCEDIMENTO COMUM..... | 46 |
| 3.2 | ANÁLISE TÉCNICO-NORMATIVA E HIPÓTESES DE CABIMENTO DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA DE EVIDÊNCIA..... | 53 |
| 3.3 | A EVIDÊNCIA DECORRENTE DA DEFESA INSUBSISTENTE..... | 58 |
| 3.4 | A EVIDÊNCIA DECORRENTE DE PRESUNÇÃO LEGAL..... | 66 |
| 3.5 | A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ATRAVÉS DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA FUNDAMENTADA EM EVIDÊNCIA..... | 74 |
| 4 | CONCLUSÃO..... | 77 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 80 |

1 INTRODUÇÃO

A íntima e conturbada relação entre tempo e processo é um tradicional tema de preocupação para a doutrina e jurisprudência processualistas. Já na clássica concepção carnелuttiana, referenciada por José Rogério Cruz e Tucci, nos é chamada a atenção para o perigo que o tempo pode representar, sendo nela tratado como “um implacável inimigo do processo, contra o qual todos - o juiz e seus auxiliares, as partes e seus procuradores - devem lutar de modo obstinado.”¹

Ao consagrar a inafastabilidade da tutela jurisdicional para a análise e resolução dos conflitos sociais (art. 5º, inc. XXXV), o Poder Público assumiu a responsabilidade de promovê-la de maneira eficaz e, para tanto, não há dúvida da imprescindibilidade de que esta prestação seja realizada de forma tempestiva.

A relevância do tema ganha peso ao se constatar na práxis forense o cenário de crise de ineficiência e intempestividade na prestação jurisdicional, que não está limitada ao ordenamento jurídico brasileiro. Muito mais grave, esta crise institucionalizada mostra-se universal², o que põe em questionamento a própria credibilidade dos Poderes Públicos ao redor do mundo quanto à capacidade de cumprirem com suas promessas de oferecer a efetiva tutela aos direitos por eles reconhecidos como fundamentais.

Como se infere, é inconciliável a concepção de uma prestação jurisdicional efetiva, mas que não seja prestada em um tempo razoável a garantir a proteção material dos direitos que reivindicam sua atuação. Conforme a lição consagrada na célebre frase a respeito do tema, proferida por Ruy Barbosa em sua Oração aos Moços, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”³

Sim, pois o processo, concebido enquanto instrumento imprescindível à distribuição da justiça em um estado constitucional-democrático, enquanto não for satisfatoriamente

¹ CARNELUTTI, F. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 354, *apud* CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119.

² Sobre a universalidade da crise que acomete a efetividade da prestação jurisdicional, não limitada ao cenário brasileiro, preleciona a doutrina de MOREIRA, J. C. B. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, n. 205, abr./jun. 2001, p. 228-229; MOREIRA, J. C. B. O desafio da celeridade na prestação jurisdicional. **Revista da EMERJ** – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, out./dez. 2006, p. 72-73; e THEODORO JR., H. Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional - Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 125, jul. 2005. p. 71-72.

³ BRASIL. S. T. J.; BARBOSA, R.; MARTINS, F. P. **Oração aos moços**. Brasília: O Tribunal, 2006, p. 40.

definido de modo a permitir a resolução da situação jurídica controvertida e a tutela do bem litigioso, torna-se uma fonte de incerteza⁴ na vida das partes, que se prolonga indefinidamente no tempo gerando um estado de contínua animosidade pendente em seus cotidianos.

Além disso, um processo que tem seu tempo de duração dilatado para além do que se pode considerar razoável é reconhecidamente uma lamentável fonte de injustiça social, que pressiona a parte economicamente mais fraca a desistir de uma tutela adequada de seus direitos⁵ ante a impossibilidade de arcar com os custos decorrentes desse contínuo estado de incerteza que a relação processual inevitavelmente propicia. É a partir da análise deste cenário que Mauro Cappelletti, citado por José Rogério Cruz e Tucci, fez a oportuna constatação de que “um processo longo beneficia, em última análise, a parte rica em detrimento da parte desafortunada”.⁶

Contudo, se não é recente o reconhecimento dos males advindos de um processo moroso, mesmo havendo a constatação do risco que este pode representar para o pleno desenvolvimento de nosso sistema de tutela jurisdicional de direitos, fato é que ao tema sempre foi relegado um papel secundário na doutrina processualista, sem que houvesse um tratamento com o devido rigor científico que lhe é exigido⁷. Por muitas muitas vezes, o tempo do processo foi utilizado tão somente como mero argumento retórico e serviu apenas de ornamento pontual a belos discursos jurídicos.

Assim, em complemento à célebre frase de Ruy Barbosa, objeto de menção honrosa em boa parte dos trabalhos que se propõe a estudar a relação entre tempo e processo, deve-se acrescentar a dura mas necessária constatação de Luiz Guilherme Marinoni, de que “de nada adianta a doutrina continuar afirmando retoricamente que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão.”⁸

⁴ CABRAL, A. do P. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., F. et al. (Org.). **Novas tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o projeto de novo CPC. 1. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. v. 1. p. 75-76.

⁵ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso a justiça**. Tradução e revisão de NORTHFLEET, E. G. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988, p. 20.

⁶ CAPPELLETTI, M. Il Processo come fenomeno sociale di massa. In: **Giustizia e società**, V. 1, p. 227, *apud* CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

⁷ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 11.

⁸ MARINONI, L. G. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

Ou seja, ao tempo processual e aos reflexos de sua dilação patológica para o jurisdicionado devem ser dadas a devida atenção pela doutrina processualista, exigindo-se, para tanto, o seu tratamento enquanto objeto de construções teóricas com o rigor técnico necessário para se compreender o problema de ineficiência da prestação de justiça que há muito faz parte de nosso ordenamento jurídico, suas principais causas e os principais remédios à nossa disposição para combatê-lo.

Embora o cenário esteja progressivamente evoluindo, podendo-se atualmente encontrar trabalhos e autores sérios que se dedicaram ao estudo da questão e a relevantes construções teóricas a seu respeito - e que serão objetos de estudo na presente pesquisa -, fato é que esta carência doutrinária na processualística clássica produziu sérios reflexos na importância dedicada ao tema da duração do processo na produção legislativa. Isso pode ser inferido, por exemplo, da posituação tardia, pelo constituinte, do reconhecimento do direito à razoável duração do processo em seu devido status de direito fundamental na ordem constitucional brasileira, ocorrida apenas após 16 anos de sua vigência.

Assim, o presente trabalho se dedica a servir como uma singela contribuição teórica a respeito da duração razoável do processo a partir de uma análise de sua natureza de direito fundamental assim consagrada no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, adota-se a metodologia de pesquisa fundamentada na revisão bibliográfica da profícua produção doutrinária a respeito do tema, que tomou corpo principalmente após sua expressa posituação através da Emenda Constitucional nº 45/2004. Aliada a isso, faz-se também uma análise pontual da jurisprudência pátria sobre o assunto e das principais construções teóricas no âmbito internacional.

Tomando como ponto de partida a construção normativa e a consagração do instituto sob o status de direito fundamental, a primeira parte do presente trabalho se dedicará à delimitação de seu núcleo conceitual e de seu âmbito de proteção, bem como à análise da natureza jurídica desta norma, para então, a partir disso, estudar-se os principais efeitos por ela produzidos em sua dimensão subjetiva - para seus titulares e destinatários - e em sua dimensão jurídico-objetiva, através de sua influência enquanto elemento nuclear da sistemática processual instituída pela ordem constitucional brasileira.

Em seguida, uma segunda parte deste trabalho será dedicada ao estudo do que é aqui considerado um dos principais instrumentos de tutela deste direito fundamental à razoável

duração do processo: a técnica antecipatória fundamentada em evidência, e seu uso enquanto técnica processual de distribuição isonômica do ônus do tempo entre as partes do processo⁹, de modo a garantir a tempestividade da prestação jurisdicional sem se abrir mão da duração processual necessária à asseguuração das garantias da ampla defesa e do contraditório.

Mas antes de se adentrar nos pormenores deste estudo doutrinário, cabe um alerta: não se busca aqui a análise de meios possíveis de acelerar o processo a todo custo - ideia de todo incompatível, como se verá, com a noção de razoável duração à prestação jurisdicional. O tempo faz parte da fisiologia do processo¹⁰ e é imprescindível para a efetivação das garantias essenciais para a sua concepção enquanto procedimento realizado em contraditório.

Daí nos vale também o aviso de Samuel Miranda Arruda, de que "o tempo da justiça nem sempre será compatível com o tempo da imprensa e o tempo da história"¹¹ e, por mais que o clamor social às vezes nos faça esquecer disso, é preciso mantermos sempre em mente essa lição para se evitar que, sob a ânsia de se evitar uma morosa e, portanto, injusta prestação jurisdicional, acabemos por concretizar uma também injusta intervenção estatal sumária e desacompanhada na esfera jurídica privada, sem as garantias de um devido processo justo.

Afinal, conforme consagrado nas clássicas lições de José Carlos Barbosa Moreira, "o que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço."¹²

Assim, o que se objetiva no presente trabalho é, acima de tudo, estender um olhar mais de perto sobre os meandros, prolongamentos, incertezas e tensões que constituem a tênue e por vezes imprecisa fronteira que separa uma tutela jurisdicional tempestiva e eficaz de uma injustiça célere¹³, contundente, prestada em detrimento das arduamente conquistadas garantias constitucionais de efetiva participação na formação da cognição judicial, inerentes à concepção de um devido processo legal.

⁹ Essa noção se faz consagrada na doutrina processualista brasileira através dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni em, entre outras obras, MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, que será aqui utilizada como norte e referencial teórico, em especial nesta segunda parte do estudo.

¹⁰ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 799.

¹¹ ARRUDA, S. M. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 375.

¹² MOREIRA, J. C. B. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, n. 205, abr./jun. 2001, p. 231.

¹³ ROSITO, F. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. **Revista de Processo**, v. 33, n. 161, jul., 2008, p. 21.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

2.1 CONSTRUÇÃO NORMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dadas as limitações do presente trabalho, não se pretende, com este primeiro subcapítulo, realizar uma investigação histórica e pretensamente evolutiva a respeito de como os temas da celeridade processual e da duração razoável do processo foram tratados ao longo das sucessivas Constituições que compuseram a história do país. Ao invés disso, o que se almeja neste primeiro momento é a análise de como se deu a construção normativa do instituto da duração razoável do processo na ordem constitucional vigente, tomado em sua categoria de direito fundamental.

Embora esta pesquisa tenha sido delimitada ao estudo do instituto no direito brasileiro, faz-se oportuna a menção ao plano do direito internacional no qual se constata o primeiro reconhecimento de um direito a um processo que tramite em tempo razoável, de caráter subjetivo e gerador de pretensões jurídicas.

Esta primeira positivação expressa foi realizada na Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada pelos países-membros do Conselho da Europa em Roma, em 04/11/1950. Em seu artigo 6º, I, assegura-se que "qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, *num prazo razoável* por um tribunal independente e imparcial (...)".

Investigando a origem deste direito fundamental, José Rogério Cruz e Tucci afirma que "foi, sem dúvida, a partir da edição desse diploma legal supranacional, que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo".¹⁴

No Brasil, a positivação expressa do direito fundamental à duração razoável do processo só foi realizada tardiamente, através da Emenda Constitucional nº 45/2004 - apelidada de Emenda da reforma do Poder Judiciário. Através dela, inseriu-se um novo inciso no rol de direitos fundamentais do artigo 5º do texto constitucional, em seu art. LXXVIII,

¹⁴ CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia do processo sem dilações indevidas - Responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. In: ALMEIDA FILHO, A.; CRUZ, D. R. (Org.). **Estado de direito e direitos fundamentais**: homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 369.

com a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Em que pese a inclusão expressa do dispositivo só tenha sido realizada após 16 anos de vigência da atual ordem constitucional, a doutrina processualista defende que este direito fundamental já se fazia presente de maneira implícita em nosso ordenamento jurídico, podendo ser inferido através das garantias constitucionais que formam a base estruturante do sistema processual brasileiro e consagrados no exercício do Poder Constituinte Originário.

O primeiro reconhecimento do direito a um processo com duração razoável pode ser inferido da cláusula geral do devido processo legal, consagrado na Constituição Federal através do art. 5º, inc. LIV.¹⁵ Humberto Ávila defende que este dispositivo normativo, que compõe o núcleo essencial do direito processual contemporâneo, deve ser visto como um sobreprincípio formado por vários elementos que, interpretados conjuntamente e de forma articulada, tem como fim precípua "a realização de um estado ideal de protetividade de direitos"¹⁶ através de um procedimento previamente disciplinado em Lei.

Assim, tomado o devido processo legal como um amálgama de diferentes garantias processuais constitucionais titularizadas por ambas as partes, a duração razoável do processo passa a ser vista pela doutrina como um de seus elementos imprescindíveis, uma vez que não se pode falar em um devido processo se este não se desenvolve em um tempo aceitável.

Em artigo datado de 1992 - ou seja, 12 anos antes de sua positivação expressa - José Rogério Cruz e Tucci já defendia um "direito ao processo sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal"¹⁷. No mesmo sentido é a doutrina de Humberto Theodoro Júnior ao estudar a origem do instituto no ordenamento jurídico brasileiro:

É de observar que a duração razoável não foi propriamente introduzida em nosso processo pela Emenda Constitucional nº 45. Já havia um consenso de que sempre esteve implícita na garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Isto porque não se pode recusar à economia processual, em si mesma, a categoria de um dos princípios fundamentais do moderno processo civil, e, assim, a garantia de duração razoável do processo já seria uma garantia fundamental originariamente consagrada pela Constituição de 1988.¹⁸

¹⁵ "Art. 5º. (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

¹⁶ ÁVILA, H. O que é "devido processo legal"? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 163, set. 2008, p. 56-58.

¹⁷ CRUZ TUCCI, J. R. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 66, abr./jun. 1992, p. 77.

¹⁸ THEODORO JR., H. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 5, n. 29, mar./abr. 2009, p. 93.

Para além da cláusula geral do devido processo legal, grande parte da doutrina passou a defender que o direito fundamental à razoável duração do processo encontrava-se implícito também no direito de acesso à justiça, positivado no texto constitucional em seu art. 5º, inc. XXXV¹⁹ - na consagrada cláusula de inafastabilidade do Poder Judiciário.

A processualística contemporânea, ao se debruçar sobre o direito fundamental de acesso à justiça, não o concebe mais como mera viabilização formal ao processo. Sob a ótica da prestação jurisdicional enquanto tutela adequada do direito material consagrado pela norma constitucional ou legislativa, passa-se a dar importância ao resultado útil que o processo pode efetuar no plano do direito material²⁰ e ao seu poder de alteração da realidade fática para a promoção dos valores constitucionalmente consagrados.

Nesta visão instrumentalizada do processo civil, o direito de acesso à justiça só se faz efetivamente concretizado quando ao cidadão que clama pela tutela jurisdicional é conferida a devida proteção - não apenas no plano do reconhecimento processual, mas também na alteração da realidade fática - ao direito por ele reivindicado.

Nesse sentido, pode-se dizer que o acesso à justiça só se mostra possível quando a atividade jurisdicional é efetivada em um prazo razoável, não permitindo que o tempo faça perecer a base fática que sustenta a pretensão do jurisdicionado. Como preconizado na célebre frase de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “a justiça que não cumpre suas funções dentro de um 'prazo razoável' é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.”²¹

Preceitua a doutrina de Rogéria Fagundes Dotti que o Estado, ao assumir o monopólio da jurisdição e impedir a resolução dos conflitos através da autotutela, também assumiu o dever de prestação de uma tutela adequada às necessidades da vida²², o que implica necessariamente sua efetivação dentro de um prazo razoável:

¹⁹ "Art. 5º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

²⁰ MARINONI, L. G. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 114-115. Nas palavras do doutrinador: “para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e, assim, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, os quais traduzem diferentes desejos de tutela.”

²¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso a justiça**. Tradução e revisão de NORTHFLEET, E. G. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988, p. 18-19.

²² DOTTI, R. F. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

Dentro do dever estatal de assegurar uma tutela jurisdicional adequada está a obrigação de fazer com que a apreciação judicial seja tempestiva, ou em outros termos, seja oferecida dentro de um prazo razoável. Isto porque justiça tardia é praticamente o mesmo que denegação de justiça.²³

Uma outra importante concepção do direito à duração razoável do processo no ordenamento jurídico brasileiro se deu através da assinatura, pelo país, da Convenção Americana de Direitos Humanos, em San José da Costa Rica na data de 22/11/1969, e sua respectiva incorporação ao direito interno através do Decreto nº 678/1992. Em seu art. 8, I, é assegurado que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial".

Com a incorporação deste diploma internacional ao plano interno de nosso ordenamento em 1992, passou-se a defender a atribuição de um status de fundamentalidade aos direitos nele declarados através da aplicação da denominada *cláusula de abertura material* consagrada no texto constitucional em seu art. 5º, §2º²⁴, que possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais não localizados no rol constitucional, mas decorrentes do regime e dos princípios nele consagrados ou provenientes de tratados internacionais de que o país figure como parte.

Nesse sentido é a doutrina de Guilherme Freire de Barros Teixeira:

Com base nessa disposição, por ser o Brasil signatário do Pacto de San José da Costa Rica e pelo fato de que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte (CF, art. 5º, § 2º), já vigorava a garantia da finalização do processo dentro de um prazo razoável.²⁵

Assim, de uma leitura integrada dos dois dispositivos constitucionais consagrados no art. 5º - o devido processo legal do inc. LIV e o acesso à justiça do inc. XXXV - bem como da recepção da disciplina protetiva do Pacto de San José da Costa Rica, infere-se que a razoável duração do processo, tomada enquanto direito fundamental, já se fazia consagrada

²³ DOTTI, R. F. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29.

²⁴ "Art. 5º. (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

²⁵ TEIXEIRA, G. F. B.. A duração razoável do processo, o contraditório e o novo Código de Processo Civil. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de direito processual civil à luz da Constituição Federal**: em homenagem ao professor Luiz Rodrigues Wambier. 1ed.Erechim: Deviant, 2017, v. 1, p. 102.

implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro desde a origem da atual ordem constitucional, uma vez que compõe elemento imprescindível para o seu sistema processual.

A partir desta conclusão, surge então o questionamento: se um direito à razoável duração do processo já estava presente, qual seria a real utilidade de sua positivação expressa trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004? Ela significou, de fato, uma contribuição para o instituto ou apenas confirmou um entendimento do meio doutrinário e jurisprudencial?

Para a correta resposta a esta indagação, cumpre-nos primeiramente prestar a devida atenção ao significado político desta expressa positivação do direito fundamental à razoável duração do processo. Sua consagração no mais importante rol de dispositivos do texto constitucional, integrando o ápice da estrutura hierárquico-normativa de nosso ordenamento jurídico, elimina a mínima dúvida que ainda podia existir a respeito da natureza fundamental que o constituinte optou por conferir-lhe.

Frederico Augusto Leopoldino Koehler aponta como uma das principais consequências da consagração deste dispositivo o controle de constitucionalidade que passa a ser feito de leis e atos normativos que atentem contra a razoável duração do processo²⁶. Cita-se também o indispensável incentivo à pesquisa e produção doutrinária a respeito do instituto²⁷, em uma esperança de enfim se trabalhar o tema com a precisão técnica de que carece, retirando a duração razoável do processo do plano secundário no qual foi deixado pela antiga doutrina processualista.

Cumprir salientar também que este novo inciso acrescentado no art. 5º da Constituição Federal não foi a única inovação normativa trazida pela Reforma do Judiciário em 2004 no que diz respeito à razoável duração do processo. Para a efetivação deste "novo" direito fundamental, a aludida Emenda se encarregou de inserir importantes modificações normativas no art. 93 do texto constitucional, que disciplina os princípios norteadores da magistratura e do Poder Judiciário em geral.

Entre eles, destaca-se a vedação à promoção de magistrados que, injustificadamente, retiverem autos em seu poder além do prazo legal (art. 93, inc. II, 'e'), bem como a consagração da imediata distribuição dos processos, em todos os graus de jurisdição (art. 93, inc. XV), ou ainda a própria reestruturação da organização interna da atividade jurisdicional,

²⁶ KOEHLER, F. A. L. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 69-75.

²⁷ *Ibidem*, p. 48-49.

para que passasse a ser prestada em caráter ininterrupto (art. 93, inc. XII) e determinando-se que o número de juízes por unidade jurisdicional seja proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (art. 93, inc. XIII).

Verifica-se, com isso, que a Emenda Constitucional 45/2004 não se preocupou apenas em expressamente consagrar a existência de um direito fundamental à razoável duração do processo, mas também promoveu importantes alterações na estrutura do Poder Judiciário para viabilizar sua plena efetivação.

Mais recentemente, com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil em 18/03/2016, este direito fundamental ganha um novo reforço normativo em âmbito infraconstitucional, uma vez que o novo diploma processual possui todo o seu sistema orientado para a promoção de um processo em tempo razoável.

Já em seu capítulo introdutório, na seção destinada às normas fundamentais e norteadoras do processo civil, infere-se a reafirmação do direito, titularizado por ambas as partes, de obter a resolução de seu litígio em prazo razoável, ao mesmo tempo em que exige de ambas uma postura adequada que possibilite a promoção deste fim:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

(...)

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Em contraposição a este direito conferido aos jurisdicionados, a atual legislação processual também direcionou um dever ao magistrado, de uso dos meios a seu alcance para a sua efetiva promoção:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

II - velar pela duração razoável do processo;

E, para além do exposto reconhecimento do direito à duração razoável do processo, adequando a atual legislação processual à ordem constitucional que lhe deu forma, a ela também deve ser dado o devido crédito pela disciplinação de instrumentos processuais para a sua promoção, elaboradas de forma mais minuciosa e com maior rigor técnico do que as do antigo Código revogado, em atendimento aos clamores da doutrina e da prática jurídica.

Como exemplo, faz-se oportuna uma breve menção à nova disciplina de julgamento parcial do mérito em relação à parte incontroversa da demanda (art. 356) - agora indubitavelmente fundamentado em cognição exauriente e tendente a formar coisa julgada -, bem como à técnica de antecipação dos efeitos da tutela fundamentada em evidência, que passou a ter um título específico e ampliado para a conformação de suas normas, ao qual será dada a devida atenção em sua análise na segunda parte do presente trabalho.

Assim, só nos resta concordar com José Augusto Garcia de Sousa, em sua categórica afirmação de que a inserção da razoável duração do processo no rol de direitos fundamentais da Constituição “representou um divisor de águas para o sistema processual brasileiro”²⁸, assentando uma nova perspectiva para a produção e interpretação das normas processuais tendentes a assegurar uma tutela jurisdicional de maior efetividade.

2.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Após o estudo da trajetória de construção normativa da duração razoável do processo na categoria de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a análise do *âmbito de proteção* oferecido por esta norma constitucional.

A teoria constitucionalista - aqui representada pela doutrina de Virgílio Afonso da Silva - conceitua o âmbito de proteção como os bens, posições e situações jurídicas protegidas por esta espécie normativa, que delimita o seu espaço de atuação dentro do ordenamento jurídico:

A definição de âmbito de proteção de um direito fundamental responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito. *Âmbito de proteção* é, nesse sentido, ‘(...) o âmbito dos bens protegidos por um direito fundamental’; e *bens protegidos*, nessa definição, ‘são ações, estados ou posições jurídicas nos respectivos âmbitos temáticos de um direito de defesa’.²⁹

²⁸ SOUZA, J. A. G. **Duração razoável e celeridade**: a tempestividade do processo civil brasileiro em uma dimensão conflitual. 2017. Tese (doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2017, p. 340.

²⁹ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais** – Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72.

Em outras palavras, incumbe-nos neste momento a árdua missão de tentar elaborar uma definição conceitual do que se pode conceber por uma “duração razoável” para a tramitação de um processo judicial para, a partir dela, estabelecer os limites do bem jurídico protegido³⁰ pela disciplina normativa do art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal.

A incursão neste relevante problema, pela doutrina, sempre vem acompanhada do apontamento de alguns conflitos inevitáveis de postulados normativos igualmente elementares para a formação do sistema processual consagrado em nossa Constituição.

Dado o cenário dinâmico em que operam, fazem-se comuns as referências no meio doutrinário, quando se estuda a razoabilidade da duração do processo, às colisões que ocorrem no binômio das garantias efetividade/segurança jurídica³¹, para o qual a devida atenção deve ser dada na busca por uma delimitação conceitual deste preceito normativo.

Rogéria Fagundes Dotti evidencia a necessidade de compatibilização destes dois anseios diversos e por ela considerados igualmente importantes, quais sejam, o de uma Justiça ágil, rápida e eficaz, mas instrumentalizada em um processo "que respeite as garantias constitucionais e proporcione a prestação da tutela com base em certeza, em segurança jurídica"³². E prossegue:

O conflito se coloca de uma forma muito clara. Sempre que se pretenda oferecer um amplo contraditório, com vastas possibilidades de provas, estar-se-á realizando um processo isento de riscos, voltado a garantir a segurança jurídica. Por outro lado, tal processo, inevitavelmente, se estenderá no tempo, deixando de atender aos anseios de rapidez e efetividade dos direitos.³³

Assim, a tarefa de definição do que consiste um processo com duração razoável necessariamente perpassa pelo confronto deste conflito que ocorre entre postulados fundamentais para a construção de um processo civil constitucional e democrático.

Para uma correta tentativa de definição conceitual, a primeira premissa da qual se parte é a de que a “duração razoável” insculpida no texto normativo é uma expressão que se enquadra na definição de *conceito jurídico indeterminado*, que não pode ser delimitado prévia

³⁰ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 380.

³¹ CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia do processo sem dilações indevidas - Responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. In: ALMEIDA FILHO, A.; CRUZ, D. R. (Org.). **Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 368.

³² DOTTI, R. F. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

³³ *Ibidem*, p. 21.

e abstratamente a partir de um determinado critério de marcação de tempo, uma vez que sofre variações graduais a depender das especificidades do caso concreto.

Nesse sentido é a doutrina de Francisco Rosito, para quem seria impossível uma fixação *a priori* de um critério específico para o aferimento de uma razoável duração da prestação jurisdicional:

Em termos pragmáticos, contudo, é impossível fixar *a priori* uma regra específica, determinante do que representaria prazo razoável. Trata-se de um conceito indeterminado ou aberto, que deve ser dotado de um conteúdo concreto em cada caso, atendendo-se a certos critérios objetivos congruentes (...).³⁴

A partir desta opção de não se estabelecer um critério fixo para se inferir o que pode ou não ser considerado um prazo razoável para a tramitação processual³⁵, pode-se dizer que o constituinte transferiu ao intérprete da norma, a partir das características perante as quais se depara no caso concreto, a tarefa de não apenas aplicá-la, mas de atribuir o melhor sentido e critério de definição que se adeque com a sistemática constitucional na qual se insere³⁶.

Concebendo a norma constitucional enquanto *cláusula geral*, surge a dúvida: quais critérios podem ser considerados idôneos e confiáveis para, diante de uma situação concreta, se aferir se a dilação processual está ou não ocorrendo em um prazo razoável?

Na doutrina processualista que se dedica ao estudo do tema, passou a ser amplamente aceita a adoção de uma tradicional construção teórica consolidada no direito internacional pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) em sua atuação jurisdicional de proteção do direito fundamental consolidado no art. 6º, I, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais³⁷.

³⁴ ROSITO, F., *Op. Cit.*, p. 26.

³⁵ Conceituado pela doutrina como a “teoria do não-prazo”. Nesse sentido, CABRAL, A. do P., *Op. Cit.*, p. 95.

³⁶ CARVALHO, F. EC nº. 45. Reafirmação da garantia da razoável duração do processo. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, ano 8, n. 29, jan.-abr. 2007, p. 120-121.

³⁷ Como autores e obras que trabalham com essa teoria, pode-se citar: CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia do processo sem dilações indevidas - Responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. In: ALMEIDA FILHO, A.; CRUZ, D. R. (Org.). **Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 365-391; CRUZ TUCCI, J. R. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 72-28. abr./jun. 1992; MENDONÇA JR., D. O princípio da duração razoável do processo (a possível utilidade da norma). **Revista Direito e Desenvolvimento**, São Paulo, a. 1, n.2, p. 177-195, jul./dez. 2010; THEODORO JR., H. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 83-98, mar./abr. 2009; ROSITO, F., *Op. Cit.*, p. 21-38; CABRAL, A. do P., *Op. Cit.*, p. 73-97; CARVALHO, F., *Op. Cit.*, p. 115-124; KOEHLER, F. A. L. *Op. Cit.*

Segundo ela, e a partir das especificidades do caso concreto, três são as principais diretrizes que devem ser levadas em conta para se precisar se houve o cumprimento de um prazo razoável para o trâmite processual. São elas: (i) a complexidade da matéria tratada na causa; (ii) o comportamento das partes e de seus procuradores; e (iii) a atuação do órgão jurisdicional.³⁸

A respeito do primeiro critério, quanto à complexidade da matéria tratada na causa, parece-nos ser ele o principal responsável pela impossibilidade de adoção de parâmetros fixos e apriorísticos para a medição de uma duração processual razoável. Uma vez que um sistema constitucional democrático exige a tutela de direitos que possuem naturezas muito diversas, também se mostram diversos os modos para se efetivar esta proteção jurisdicional.

Não se pode, portanto, imputar ao Estado a culpa pela pretensa demora na prestação jurisdicional quando esta é decorrente da própria natureza do bem jurídico posto em discussão, mostrando-se um decurso de tempo razoável para o seu cuidado no caso concreto. Nessa mesma linha se desenvolvem os ensinamentos de Frederico Augusto Koehler:

(...) Além disso, a causa sob exame pode ser mais complexa do que a média dos processos da mesma natureza, devido a uma grande quantidade de fatos a serem provados, ou à densidade das questões jurídicas a serem discutidas e apreciadas nos autos, ou mesmo às circunstâncias peculiares que cercam a lide, justificando-se, nesse caso, um tratamento processual excepcionalmente dilatado no tempo.³⁹

Quanto à análise da atuação do órgão jurisdicional, o que de fato demonstra maior impacto para o não cumprimento do dever de uma prestação jurisdicional em tempo razoável é o que se convencionou denominar de “dilações indevidas” no trâmite processual, as quais podem ser entendidas como “os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado”⁴⁰.

Humberto Theodoro Junior também nos faz o alerta da nocividade que representam as chamadas “etapas mortas” do processo, ou seja, “o tempo consumido pelos agentes do

³⁸ Cf. CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

³⁹ KOEHLER, F. A. L. *Op. Cit.*, p. 94-95.

⁴⁰ CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

Judiciário para resolver a praticar os atos que lhes competem”⁴¹, durante o qual o feito fica paralisado, inerte, e o direito a que se pede tutela fica exposto aos efeitos corrosivos do tempo.

Incumbe também à atuação do órgão jurisdicional, na defesa de um processo que tramite em prazo razoável, um exercício fiscalizatório do comportamento das partes, impedindo e sancionando condutas com o intuito manifestamente protelatório ou que indiquem um abuso do exercício do direito de defesa sem que de fato sirvam para influenciar a formação do convencimento judicial. Conforme aponta a doutrina, a omissão do magistrado, nesse ponto, configura um descumprimento de seu dever de velar pela rápida solução da lide:

É preciso perceber que o juiz tem o dever de velar pela rápida solução do litígio, tendo de conduzir o processo de modo a assegurar a tempestividade da tutela jurisdicional. Daí que o juiz que se omite na repressão ao ato abusivo da parte contribui para a dilação indevida, dando azo à responsabilidade estatal.⁴²

O tema ganha especial relevância ao se conceber a ingenuidade que é pensar que em um processo ambas as partes clamam por uma solução rápida de sua controvérsia. Barbosa Moreira nos ensina que "basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível.”⁴³

Não é incomum, portanto, que a parte que sabidamente não tem razão em seus argumentos sequer tenha interesse em confrontar as teses fáticas e jurídicas suscitadas por seu oponente, se utilizando das táticas processuais que estão à sua disposição - em razão do suposto absolutismo de seu direito à ampla defesa - tão somente para protelar uma decisão que o prejudique e manter em seu patrimônio, pelo maior tempo possível, o bem litigioso.⁴⁴

Contudo, nessa busca pela delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental à duração razoável do processo cada vez mais associada à noção de um direito a uma prestação jurisdicional que seja tempestiva e efetiva, faz-se necessário também acrescentar um contraponto, uma vez que também não pode ser considerado justo um processo que alteie

⁴¹ THEODORO JR., H. Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional - Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 125, jul. 2005., p. 75.

⁴² SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 800.

⁴³ MOREIRA, J. C. B. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, n. 205, abr./jun. 2001, p. 230.

⁴⁴ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

o valor celeridade em um intangível pedestal construído em detrimento de outras garantias processuais fundamentais e igualmente consagradas em nossa ordem constitucional.

Sobre o tema, Freddie Didier Junior afirma que o processo não tem que ser rápido, mas sim demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso. Segundo o autor, o que de fato se conquistou com um processo civil democrático e constitucional foi um “direito à demora” na solução dos conflitos, consubstanciada nas regras de um devido processo legal:

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um *direito fundamental ao devido processo*, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A existência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas.⁴⁵

Este mesmo entendimento é seguido por Antonio do Passo Cabral, para quem “o processo é feito para demorar!”⁴⁶, explicando o reconhecimento de um direito de todo cidadão de que sua causa, levada à apreciação dos atores do Estado, seja objeto de detida análise e atenção pela autoridade competente, para se obter um julgamento justo e seguro.

Portanto, a partir da análise destes fatores, o que se infere é que o conceito constitucional de *duração razoável* de um processo não se vincula unicamente à ideia de celeridade tomada a qualquer preço. Acima disso, uma duração de tramitação processual que possa ser considerada razoável, enquanto elemento nuclear da formação de um devido processo legal (art. 5º, inc. LIV da CF), é constituído também pelo respeito ao tempo necessário à efetivação do contraditório e à asseguuração da ampla defesa ao réu.

Dessa constatação se extrai que na realidade não há falar em conflito entre direito fundamental à razoável duração do processo e direito à ampla defesa e contraditório, uma vez que o devido respeito ao tempo de concretização deste último é um elemento formador imprescindível para a concepção de um processo com duração razoável. Nesse sentido, “se o processo ‘atrasar’ em virtude da fiel observância do contraditório, não se pode dizer que este

⁴⁵ DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 21. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 126.

⁴⁶ CABRAL, A. do P., *Op. Cit.*, p. 80.

prevaleceu sobre o princípio da duração razoável, porque afinal de contas terá sido 'razoável' a duração do processo.”⁴⁷

A doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero é esclarecedora neste aspecto:

*O direito à razoável duração do processo não constitui e não implica direito à processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para a organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como o direito a um processo célere.*⁴⁸

O que pode ocorrer - como de fato ocorre - é a situação em que o direito à ampla defesa entre em colisão com uma exigência de celeridade na prestação jurisdicional, devendo haver uma justa ponderação entre eles. Para entender este fenômeno, contudo, faz-se necessário esclarecer a distinção entre a duração razoável do processo e a celeridade processual, que jamais podem ser tratadas como sinônimos em nosso ordenamento jurídico.

José Augusto Garcia de Souza defende que, para além da razoável duração do processo, o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal acabou por dar origem a um outro elemento normativo em nosso ordenamento jurídico: o princípio da celeridade processual, que pode ser definido como "um inevitável vetor de aceleração da atividade processual"⁴⁹, cujo fim precípua é atribuir a máxima tempestividade à tutela jurisdicional. Segundo ele, este princípio pode ser inferido da literalidade do texto constitucional, ao fazer referência aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁵⁰

⁴⁷ SOUZA, J. A. G.. A tríade constitucional da celeridade no processo: celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 1, jan./abr. 2019, p. 21.

⁴⁸ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 798. (Grifos dos autores).

⁴⁹ SOUZA, J. A. G.. A tríade constitucional da celeridade no processo: celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 1, jan./abr. 2019, p. 4. Defende o autor que a razoável duração do processo e a celeridade processual, ao lado de um terceiro conteúdo normativo por ele denominado *tempestividade estrutural*, são os três princípios que podem ser inferidos da interpretação do texto constitucional do art. 5º, inc. LXXVIII, e que juntos formam o que ele chama de “módulo constitucional da tempestividade do processo”. Cumpre registrar que a existência de um princípio constitucional da celeridade processual não é um tema pacífico na doutrina. Como exemplo, pode-se citar DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 21. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 126, que a nega expressamente.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 6.

Nessa lógica - à qual se filia o presente trabalho -, a celeridade processual, em sua ânsia de otimizar o tempo do procedimento a qualquer custo, pode entrar em conflito com outras garantias processuais fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa, situação em que haverá uma ponderação de normas constitucionais, cujo resultado integrará a delimitação do que se pode considerar uma duração razoável do processo.

Segundo Garcia de Souza, a razoável duração "consiste no chamado 'vetor resultante', a que se chega a partir da combinação de vários vetores (parcelas), um dos quais é, exatamente, a celeridade."⁵¹

É por isso que não faz sentido o tratamento indistinto entre duração razoável e celeridade perante a disciplina normativa consagrada na ordem constitucional brasileira a respeito do tema. Muitas vezes, a adoção extensiva de um critério de celeridade, sem se levar em conta as demais garantias constitucionais, constitui uma verdadeira contradição à lógica de uma razoável duração, elemento nuclear do devido processo legal.

Assim, pode-se dizer que uma justa acepção do conceito de razoável duração do processo - e, conseqüentemente, do âmbito de proteção do direito fundamental consagrado no art. 5º, in. LXXVIII, da Constituição Federal - é aquela que resulta de um justo equilíbrio entre a necessidade de se assegurar, de um lado, a tempestividade e efetividade da prestação jurisdicional e, de outro, as garantias processuais fundamentais da ampla defesa e do contraditório, que permita às partes a efetiva participação no processo e influência na formação do convencimento judicial.

2.3 NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA E SUA (IM)PONDERABILIDADE

Delimitado o âmbito de proteção abrangido pela norma prescrita no art. 5º, inc. LXXVIII, impende-se agora a análise quanto a sua natureza jurídica - enquanto regra ou princípio - na tentativa de compreender seu comportamento no sistema processual brasileiro.

Para tanto, o primeiro critério que será aqui adotado é o que pode ser denominado de *grau de fundamentalidade* da norma ora analisada. Como bem expõe o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva, este é o critério tradicionalmente utilizado pela literatura jurídica

⁵¹ SOUZA, J. A. G.. A tríade constitucional da celeridade no processo: celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 2, n. 1, jan./abr. 2019, p. 6.

brasileira, segundo o qual "princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental"⁵².

Neste aspecto, atribuir a natureza principiológica a uma norma implica em reconhecê-la enquanto um mandamento nuclear do sistema normativo em que ela opera. Na clássica doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo sobre o tema:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.⁵³

A partir desta perspectiva, parece claro se inferir que a razoável duração do processo, ao ser consagrada com status de direito fundamental, possui a inquestionável natureza principiológica, compondo o núcleo essencial do sistema jurídico brasileiro. Tomado enquanto elemento formador da cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e do direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), pode-se dizer que o direito fundamental à duração razoável do processo ocupa posição de relevância na composição do núcleo normativo essencial do sistema processual instituído pela ordem constitucional vigente.

Outras duas características que evidenciam a natureza principiológica da duração razoável do processo são as classicamente apontadas pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho como típicas desta espécie de norma⁵⁴. Primeiramente, se faz constatada o seu elevado *grau de abstração* conceitual, conforme já visto no subcapítulo anterior. Da mesma forma, pode-se apontar a *natureza normogenética* inerente à razoável duração do processo, servindo de fundamento para a criação de outras espécies normativas.

Ao analisar o instituto, Francisco Rosito aponta tais características como formadoras de sua convicção quanto à natureza de princípio inerente à razoável duração do processo:

⁵² SILVA, V. A. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003, p. 613.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed São Paulo: Malheiros, 2016, p. 900-901.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. G.. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 1160.

A propósito, discute-se acerca da natureza do preceito da duração razoável, se seria regra, ou se seria princípio. Embora a diferenciação não tenha maior relevância, à medida que ambos têm força normativa, entendo que se trata de princípio, tendo em vista que o preceito contém elevado grau de abstração e natureza normogenética, na medida em que serve de base ou constitui a ratio de regras jurídicas, tendo idoneidade irradiante que lhe permite manter o sistema.⁵⁵

Constatada a natureza principiológica do direito fundamental à razoável duração do processo a partir da concepção tradicional do constitucionalismo brasileiro, cumpre-nos agora inferir se a norma também se adequa ao conceito de *mandamento de otimização* desenvolvido pela relevante doutrina de Robert Alexy. Na teoria desenvolvida pelo constitucionalista, a diferenciação entre regras e princípios é de ordem qualitativa, e não de grau.⁵⁶ Enquanto regras são espécies normativas que só podem ser ou não satisfeitas em determinado caso concreto, princípios são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes."⁵⁷

Esta nova distinção ganha especial relevância em situações fáticas nas quais o intérprete se depara com uma situação de conflito normativo: enquanto no caso de regras a instabilidade só pode ser solucionada com a declaração de invalidade ou afastamento por especialidade de uma delas⁵⁸, a aplicação dos princípios em sua "maior medida possível" implica dizer que, em caso de colisão entre duas normas desta espécie, estes estarão sujeitos à técnica da ponderação, sendo ambos aplicados em diferentes pesos no caso concreto, sendo que um deles prevalece sem, contudo, esvaziar o núcleo normativo mínimo do outro.

Nas palavras de Alexy: "conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso."⁵⁹

Assim, no âmbito do presente trabalho, surge o questionamento: a razoável duração do processo, tomada enquanto princípio estruturante do sistema processual brasileiro, está sujeita à técnica de ponderação em caso de conflito com outras normas desta espécie?

Devemos tomar o devido cuidado na análise do tema, pois uma resposta apressada pode nos levar à imprecisa percepção de uma hipotética e corriqueira situação de conflito

⁵⁵ ROSITO, F., *Op. Cit.*, p. 26.

⁵⁶ SILVA, V. A. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, 2003, p. 611.

⁵⁷ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de SILVA, V. A. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 92.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 94.

entre o direito à razoável duração do processo e os também fundamentais direitos ao contraditório e ampla defesa - o que, como vimos no capítulo anterior, não ocorre.

Cumpra relembrar: o direito a um processo com duração razoável só pode ser concebido quando nele está incluído o tempo necessário para a devida oportunização às partes ao exercício do contraditório e da ampla defesa, elementos imprescindíveis à sua construção.

Neste aspecto, José Augusto Garcia de Sousa observa que o que se sujeita à ponderação em tais casos é a celeridade processual. Esta sim pode eventualmente colidir com a necessidade de observância de normas ínsitas a garantias processuais que demandem um maior tempo para a sua efetivação e a ela pode ser conferida maior ou menor peso a depender das especificidades do caso concreto⁶⁰. Contudo, é do resultado desta ponderação de elementos processuais essenciais que se concebe uma duração razoável para o processo.

Em sua concepção:

Dentro do processo, quem se sujeita a ponderações é a celeridade, não a duração razoável. Esta, lembre-se, representa o pote, enquanto aquela responde por um, e apenas um – embora muito relevante –, dos ingredientes.⁶¹

É a partir desta constatação que o autor conceitua a duração razoável do processo como um *princípio branco* ou *princípio-resultado*, uma vez que "ele próprio é o resultado de uma ponderação. Uma ponderação permanente, e não eventual".⁶²

Seguindo esta linha de raciocínio, que nos parece acertada, ao menos analisado sob a ótica endoprocessual não se poderia conceber um elemento de ponderabilidade ao direito fundamental à razoável duração do processo, uma vez este deve ser entendido já como o resultado da ponderação entre as normas principiológicas processuais e o tempo necessário para a sua efetivação. Novamente, nas instigantes palavras de Garcia de Souza: "o princípio da duração razoável, eminentemente ponderativo e harmonizador, não pode ser contrastado por nenhum dos princípios que se submetem à ponderação. Não faria sentido."⁶³

⁶⁰ SOUZA, J. A. G.. A tríade constitucional da celeridade no processo: celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 2, n. 1, jan./abr. 2019, p. 20-21.

⁶¹ *Ibidem*, p. 20.

⁶² *Ibidem*, p. 20-21.

⁶³ *Ibidem*, p. 21.

2.4 TITULARIDADE E DIMENSÃO SUBJETIVA

Dando prosseguimento ao estudo da razoável duração do processo a partir de sua natureza de direito fundamental expressamente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, impende-se a análise dos efeitos produzidos por esta norma para os seus titulares.

Para tanto, partir-se-á do reconhecimento da dimensão subjetiva que compõe este direito fundamental, ou seja, enquanto norma geradora de uma gama de posições jurídicas de pretensão para o seu titular perante o seu respectivo destinatário, para que se assegure a tutela do direito reconhecido. Conforme elucida a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.⁶⁴

Assim, a dimensão subjetiva de um direito fundamental implica o reconhecimento de sua proteção individual ao seu titular, ao qual é conferido um grau de exigibilidade que se manifesta na "possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)".⁶⁵

Contudo, para a análise da dimensão subjetiva do direito fundamental à razoável duração do processo, primeiro faz-se necessário delimitar exatamente quem são os seus titulares e a quem o imperativo normativo dele decorrente é direcionada. Prosseguindo na esteira doutrinária de Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se conceituar o titular de um direito fundamental como aquele que figura como sujeito ativo da relação de direito subjetivo, enquanto o destinatário é aquele em face de quem o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.⁶⁶

Da simples leitura do art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal, infere-se que a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, são direitos assegurados a “todos”. A primeira conclusão a que se pode chegar é a

⁶⁴ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 160.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 158.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 215.

de que a aludida garantia não se limita à parte autora do processo judicial, sendo também assegurada ao réu e todos os demais juridicamente interessados nesta relação processual.

Preleciona nesse sentido a doutrina de Francisco Rosito, segundo a qual: "quanto ao âmbito subjetivo da norma, note-se que não se limita às 'partes' senão a 'todos', abrangendo-se - como não poderia ser diferente - assistentes, terceiros etc., quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, quer seja a Administração Pública."⁶⁷

Um ponto de maior relevância é o reconhecimento também do réu como titular do direito fundamental à razoável duração do processo. Luiz Guilherme Marinoni salienta que este direito subjetivo é inferido da garantia do cidadão de não ter sua esfera jurídica restringida pela atuação estatal por um tempo maior do que o necessário:

O réu também tem direito à celeridade do processo, embora o seu interesse não tenha a mesma qualidade do interesse do autor. O direito do demandado à celeridade do processo não pode ser extraído do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou ser visto como seu corolário. O direito do réu, mais do que exigir prestações positivas do Estado, tem a configuração de direito de defesa, constituindo uma garantia do cidadão contra o Estado, precisamente uma garantia de que não será submetido ao poder estatal - jurisdicional ou administrativo - por mais tempo que o necessário.⁶⁸

Ainda, cumpre lembrar que a razoável duração do processo contém em sua própria definição a necessidade de se assegurar ao réu o tempo necessário para o regular exercício de sua ampla defesa e do contraditório. Nesta concepção integrativa, adotada no presente trabalho, infere-se que o réu também é o titular deste direito fundamental consagrado no inc. LXXVIII do art. 5º, sendo-lhe assegurado o tempo necessário para uma efetiva atuação processual para que possa exercer a devida influência na formação do convencimento judicial.

Por outro lado, tem-se como destinatário direto da aludida norma - assim como ocorre na maioria dos direitos fundamentais - a entidade estatal, que se encontra obrigada a posicionar a atuação dos órgãos componentes de seus Três Poderes para que possibilite a devida efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo, criando e disponibilizando meios que garantam a celeridade de sua tramitação.⁶⁹

⁶⁷ ROSITO, F., *Op. Cit.*, p. 25.

⁶⁸ MARINONI, L. G. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009, p. 85

⁶⁹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 372.

Embora o Estado seja o destinatário direto da norma da duração razoável do processo, sendo o principal obrigado ao cumprimento dos deveres dela decorrentes, não pode ser considerado o único que a ela se sujeita.

A partir da concepção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Marco Felix Jobim defende que todos aqueles que estejam diretamente envolvidos na relação jurídica processual - as partes, o juiz, seus auxiliares, e “todos aqueles que de alguma forma participaram de algum momento na vida do processo” - são responsáveis pela assegurar de sua tempestividade⁷⁰. O entendimento parece acertado, principalmente ao se considerar os deveres de cooperação e observância à boa-fé insertos nos arts. 5º e 6º do Código Processual.

Uma vez delimitados os titulares e os destinatários da norma inserta no art. 5º, inc. LXVIII da Constituição Federal, passa-se à análise de como pode ser feita a tutela jurisdicional deste direito fundamental à duração razoável do processo, tomado em sua dimensão subjetiva, de exigibilidade de sua efetivação e proteção perante o Estado.

A primeira hipótese a ser trabalhada é a dos casos em que a lesão a este direito fundamental ainda esteja ocorrendo, buscando o seu titular uma forma de inibir o ato lesivo. É o exemplo de processos que ainda estejam em tramitação e que se encontrem, por motivo injustificado, em situações de dilação indevida, tais como ausência de impulsionamento ou pendência de decisão judicial.

Antonio do Passo Cabral defende que em tais casos existe uma verdadeira pretensão mandamental para se fazer cumprir o preceito da razoável duração do processo, podendo ser manejada sua tutela através da via constitucional do mandado de segurança - ou *habeas corpus* nos casos em que a mora judicial implique em restrição à liberdade de locomoção do paciente. Em suas palavras:

O prejudicado pode manejar, judicialmente, mecanismos processuais para pretender decisão mandamental (*habeas corpus*, mandado de segurança) que expeça uma ordem à autoridade em mora para que profira a decisão esperada, fixando-lhe prazo para prolação da decisão. Essa pretensão pode ser exercida tanto no que tange ao processo administrativo, quanto no que diz respeito ao processo judicial.⁷¹

⁷⁰ JOBIM, M. F. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 90.

⁷¹ CABRAL, A. do P., *Op. Cit.*, p. 84.

O entendimento de cabimento de mandado de segurança em tais casos é também compartilhado por Fredie Didier Junior.⁷² De fato, parece ser uma clara situação de lesão a direito líquido e certo - facilmente demonstrável por prova documental pré-constituída - por ato omissivo e coator de autoridade judicial, preenchendo os requisitos para o uso da via mandamental para se fazer cessar a lesão conforme previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal⁷³, regulamentado no plano infraconstitucional pela Lei 12.016/09.

Imagina-se que a tutela adequada a ser concedida, em tais casos, possa consistir na fixação de prazos para que a autoridade judicial impetrada dê seguimento ao feito que se encontra em mora⁷⁴, ou ainda a determinação de sua redistribuição ao Juiz substituto⁷⁵.

Contudo, apesar da plausibilidade dos argumentos suscitados pela doutrina para a adoção da via mandamental na tutela da razoável duração do processo, cumpre registrar que os Tribunais pátrios não vêm adotando este entendimento. Ao menos, é o que se infere da jurisprudência que vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do mandado de segurança 22.006-DF, impetrado contra mora judicial de Turma da própria Corte.

O *mandamus* acabou sendo liminarmente indeferido em 27/08/2015, sendo considerada ausente a demonstração de direito líquido e certo. Conforme a fundamentação da e. Ministra Laurita Vaz, "verificar, caso a caso, se a demora é ou não razoável, se é ou não justificada, demanda inevitável incursão na seara fático-probatória, razão pela qual não pode tal pretensão ser deduzida na via do mandado de segurança".⁷⁶

Cumpre registrar, conforme restou consignado no aludido julgado, que a discussão sobre o cabimento ou não do mandado de segurança para a proteção do direito fundamental à razoável duração do processo não exclui de modo algum o uso das vias administrativas para o

⁷² DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 21. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 125.

⁷³ "Art. 5º. (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;"

⁷⁴ CABRAL, A. do P., *Op. Cit.*, p. 84.

⁷⁵ É uma aplicação adequada da técnica prevista no art. 235, §3º do Código de Processo Civil que, embora seja dirigida à Representação administrativa de juiz que não cumprir os prazos previstos em Lei, parece perfeitamente adequada sua adoção para a via mandamental, a depender das especificidades do caso concreto.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 22.006/DF (2015/0202841-0). Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 24 de agosto de 2015. **Dje**. Brasília, 27 ago. 2015.

controle da atividade jurisdicional, a exemplo da Representação prevista no art. 235 do Código de Processo Civil.⁷⁷

Contudo, a análise destes mecanismos foge ao escopo do presente trabalho, delimitado na análise da tutela jurisdicional deste direito fundamental.

Outra hipótese a ser analisada é a de casos em que a desarrazoada morosidade no trâmite processual acaba por gerar danos consumados ao titular deste direito, ensejando, assim, a responsabilidade por sua reparação ao destinatário da norma - no caso, o Estado.

Talvez em razão do interesse que o tema desperta, a responsabilidade civil do Estado em razão do não cumprimento de seu dever de proporcionar uma prestação jurisdicional em tempo razoável é matéria que se encontra solidamente trabalhada pela doutrina processualista.⁷⁸ Como exemplo, cita-se a doutrina de Antonio do Passo Cabral, que reconhece a existência desta pretensão jurídica não apenas ao autor da demanda, mas também ao réu e demais interessados que se vejam lesados:

Outra possibilidade que a norma constitucional aponta para os prejudicados pela violação da duração razoável é o exercício da pretensão indenizatória contra o ente estatal que causou o dano marginal: se o Judiciário federal, a União; se o Judiciário estadual, o Estado-Membro. Ressalte-se que, como desta a doutrina e também a jurisprudência internacional, tanto o autor quanto o réu, bem como os demais sujeitos processuais envolvidos, todos poderiam vindicar a indenização pelo fato de que todos são potencialmente prejudicados pela mora.⁷⁹

De fato, impende reconhecer que a intempestividade na prestação jurisdicional em razão de dilações indevidas no trâmite processual implica a evidente violação, pelo Estado, das determinações que decorrem da norma inserta no art. 5º, inc. LXXVIII e nos arts. 4º e 139, II, do Código de Processo Civil.

⁷⁷ "Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno."

⁷⁸ Como amostragem dos trabalhos desenvolvidos, pode-se citar: JOBIM, M. F. *Op. Cit.*; ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**, Curitiba: Juruá, 2008; CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; O tema é ainda analisado, embora em menor profundidade, em: MENDONÇA JR., D., *Op. Cit.*, p. 177-195; THEODORO JR., H. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 83-98, mar./abr. 2009; VENTURI, E. **Direito à razoável duração do processo**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito constitucional brasileiro. Vol. 1: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 839-853; ROSITO, F., *Op. Cit.*, p. 21-38; CABRAL, A. do P., *op. cit.*, p. 73-97; SOUZA, J. A. G.. **A tríade constitucional da celeridade no processo: celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural**. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 2, n. 1, jan./abr. 2019; KOEHLER, F. A. L. *Op. Cit.*

⁷⁹ CABRAL, A. do P., *Op. Cit.*, p. 87.

Uma vez configurada a omissão ou morosidade na atuação estatal para o impulso oficial e para a realização dos atos e diligências processuais de sua competência, caso venha a gerar danos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial ao jurisdicionado, são estes passíveis de reparação pela via indenizatória.

É uma manifesta hipótese de aplicação do instituto da Responsabilidade Civil inferido do art. 927 da legislação civilista, segundo o qual aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A doutrina processualista passou a defender que a mora na prestação jurisdicional, por si só, ao manter o jurisdicionado longe do bem da vida que reivindica por maior tempo que o necessário, é geradora de um “dano marginal”, que não pode ser negligenciado:

Mas, ainda que o autor possa ter, na execução, o bem que persegue, a simples demora na sua obtenção é, por si só, fonte de dano. Trata-se do dano que Andolina denomina de ‘dano marginal em sentido estrito’ ou de ‘dano marginal de indução processual’. O tempo do processo causa, inevitavelmente, este dano.⁸⁰

Ainda, deve-se considerar que este dano causado pelo não cumprimento do dever de tutela jurisdicional em tempo razoável não se limita a prejuízos de ordem financeira e patrimonial. Ao contrário, muito mais recorrente é o dano de natureza moral ocasionado em tais situações, como bem explicita José Rogério Cruz e Tucci:

Todavia, além do alvitado prejuízo de natureza material, que tem como fonte a decisão ou satisfação serôdia, presume-se, sempre, a amargura da parte interessada que padeceu, durante anos a fio, sofrendo também o inafastável mal de índole psicológica advindo da exacerbada duração do processo.⁸¹

O principal argumento trabalhado pela doutrina que justifica uma responsabilização estatal por danos decorrentes da violação ao direito à duração razoável do processo se dá a partir da concepção de que a prestação jurisdicional deve ser vista como um típico serviço público que, como tal, está sujeito aos princípios e diretrizes básicas da atuação estatal previstas no artigo 37 da Constituição Federal⁸² - entre eles, o da eficiência.

⁸⁰ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontrovertida da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

⁸¹ CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 113.

⁸² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Sergio Cruz Arenhart preleciona que “parece desnecessário dizer que o princípio da eficiência encontra expressa previsão na Constituição brasileira (art. 37) e que, sendo o serviço 'justiça' um serviço público, deve ele também estar orientado por esse critério”.⁸³

No mesmo sentido é a doutrina de Danielle Annoni, citada por Marco Felix Jobim, para quem o reconhecimento da atividade jurisdicional na categoria de serviço público é imprescindível para a possibilidade de responsabilização estatal pelo seu mau funcionamento:

Para se falar em responsabilidade do Estado pelos atos do Poder Judiciário é preciso ter claro que a atividade judiciária integra o conceito de serviço público, razão pela qual também deve responder o Poder Público pelos danos que os agentes judiciários vierem a acusar ao patrimônio particular.⁸⁴

Sob essa ótica, a relação de causalidade entre a lesão causada ao jurisdicionado e a atuação estatal se faz constatada pela omissão de seus agentes em seu dever de prestação do serviço público em consonância com este direito constitucionalmente consagrado, bem como pelo não cumprimento de uma efetiva atividade fiscalizatória na atuação das partes a fim de coibir atos meramente protelatórios e que ensejem dilações indevidas no trâmite processual.

A intempestividade da prestação jurisdicional passa então a ser vista como um sintoma de ineficiência do serviço público “justiça” e, como tal, qualquer dano que dela resulte faz surgir a responsabilidade do Estado em sua reparação, conforme preceitua a norma de Direito Administrativo positivada no art. 37, §6º, da Constituição Federal⁸⁵.

Importante salientar a natureza objetiva desta responsabilidade estatal, prescindindo da demonstração de dolo ou culpa do agente estatal para que se faça configurado. Mesmo sendo um dano causado por uma inércia ou ineficiência da Administração Pública, Humberto Theodoro Junior faz o alerta de que “não é simplesmente uma omissão, é, na verdade, uma violação positiva do dever de conduzir o processo de modo a não ultrapassar o prazo razoável de duração garantido pela Constituição”.⁸⁶

⁸³ ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 46.

⁸⁴ ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**, Curitiba : Juruá, 2008, p. 82 *apud* JOBIM, M. F. *Op. Cit.*, p. 201.

⁸⁵ Art. 37. (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁸⁶ THEODORO JR., H. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 5, n. 29, mar./abr. 2009. p. 96.

Assim, não se aplica a tais casos a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva nas hipóteses de omissão estatal, pois a sua obrigação aqui não é a de impedir que o dano seja causado por terceiros, mas sim a de ela própria não causar dano decorrente de uma atuação ineficaz. Este é o entendimento de Frederico Augusto Leopoldino Koehler sobre o tema:

Nesse caso, a omissão do Estado (ou sua hiperatividade desorganizada, como se viu no item 2.3.3) é a causa direta e suficiente do dano, prescindindo de um fato da natureza ou de ato material praticado por terceiro. A atividade jurisdicional defeituosa do Estado configura, *per se*, a causa do dano. Por esse motivo, a responsabilidade estatal nessa situação é objetiva.⁸⁷

Quanto à responsabilização subjetiva do agente estatal, consubstanciada em tais casos na figura do Magistrado, infere-se que esta só se faz presente quando sua atuação estiver maculada por dolo ou fraude, conforme preceitua o art. 49, inc. I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional⁸⁸

No meio jurisprudencial, as mais relevantes construções teóricas a respeito do reconhecimento da responsabilidade estatal por danos causados a seus jurisdicionados pela mora jurisdicional são realizadas através dos entendimentos firmados pelas cortes internacionais de justiça, merecendo especial destaque, neste cenário, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e seu trabalho de tutela do direito reconhecido no art. 6º, I, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

O Tribunal é pioneiro no julgamento de causas indenizatórias por mora jurisdicional, a partir das quais desenvolveu uma tradicional doutrina a respeito do tema, a exemplo dos três critérios para a definição de um prazo considerado razoável para o trâmite processual, anteriormente analisados.

Em sua clássica obra “Tempo e Processo”, José Rogério Cruz e Tucci analisa pormenorizadamente um importante julgado da Corte, datado de 27/06/1987⁸⁹, que resultou na condenação do Estado italiano ao pagamento de indenização por danos morais causados a um cidadão que buscou tutela em sua jurisdição sem, contudo, obtê-la em um prazo razoável.

⁸⁷ KOEHLER, F. A. L. *Op. Cit.*, p. 123.

⁸⁸ "Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;"

⁸⁹ CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69-75.

Quanto ao Estado brasileiro, registra-se que este vem colecionando algumas condenações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desrespeito à norma expressa no art. 8, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que assegura a todos o direito de serem ouvidos, em um prazo razoável, por um Juiz competente.

Frederico Augusto Leopoldino Koehler comenta⁹⁰ a primeira decisão condenatória proferida contra o país pela Corte Internacional, em 2006, no caso Ximenes Lopes, em que se fixou uma indenização no montante de US\$130 mil aos jurisdicionados lesados. Posteriormente, em 2009, houve nova condenação no caso Garibaldi, adotando-se entendimento semelhante.⁹¹

No plano do direito interno, faz-se imperativa uma análise mais detalhada de um julgado relativamente recente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1383776-AM⁹². Este julgamento pode ser considerado um *leading case* na construção jurisprudencial pátria para a consolidação de um reconhecimento da responsabilidade estatal pelos danos causados pela intempestividade da prestação jurisdicional.

Digna de transcrição a sua ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LESÃO. DESPACHO DE CITAÇÃO. DEMORA DE DOIS ANOS E SEIS MESES. INSUFICIÊNCIA DOS RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS DO PODER JUDICIÁRIO. NÃO ISENÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL. CONDENAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CARACTERIZADA.

1. Trata-se de ação de execução de alimentos, que por sua natureza já exige maior celeridade, esta inclusive assegurada no art. 1º, c/c o art. 13 da Lei n. 5.478/1965. Logo, mostra-se excessiva e desarrazoada a demora de dois anos e seis meses para se proferir um mero despacho citatório. O ato, que é dever do magistrado pela obediência ao princípio do impulso oficial, não se reveste de grande complexidade, muito pelo contrário, é ato quase que mecânico, o que enfraquece os argumentos utilizados para amenizar a sua postergação.

2. O Código de Processo Civil de 1973, no art. 133, I (aplicável ao caso concreto, com norma que foi reproduzida no art. 143, I, do CPC/2015), e a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no art. 49, I, prescrevem que o magistrado responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. A demora na entrega da prestação jurisdicional, assim, caracteriza uma falha que pode gerar responsabilização do Estado, mas não diretamente do magistrado atuante na causa.

3. A administração pública está obrigada a garantir a tutela jurisdicional em tempo razoável, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais do Poder Judiciário,

⁹⁰ KOEHLER, F. A. L. *Op. Cit.*, p. 160-164.

⁹¹ *Ibidem*, p. 164-166.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1383776/AM, Segunda Turma. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 06 de setembro de 2018. **DJe**. Brasília, 17 set. 2018.

pois não é possível restringir o alcance e o conteúdo deste direito, dado o lugar que a reta e eficaz prestação da tutela jurisdicional ocupa em uma sociedade democrática. A insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos judiciais isenta os juízes de responsabilização pessoal pelos atrasos, mas não priva os cidadãos de reagir diante de tal demora, nem permite considerá-la inexistente.

4. A responsabilidade do Estado pela lesão à razoável duração do processo não é matéria unicamente constitucional, decorrendo, no caso concreto, não apenas dos arts. 5º, LXXVIII, e 37, § 6º, da Constituição Federal, mas também do art. 186 do Código Civil, bem como dos arts. 125, II, 133, II e parágrafo único, 189, II, 262 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente e aplicável à época dos fatos), dos arts. 35, II e III, 49, II, e parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e, por fim, dos arts. 1º e 13 da Lei n. 5.478/1965.

5. Não é mais aceitável hodiernamente pela comunidade internacional, portanto, que se negue ao jurisdicionado a tramitação do processo em tempo razoável, e também se omita o Poder Judiciário em conceder indenizações pela lesão a esse direito previsto na Constituição e nas leis brasileiras. As seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por esse motivo impõem que se tome uma atitude também no âmbito interno, daí a importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema.

6. Recurso especial ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença.

(REsp 1383776/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2018, DJe 17/09/2018)

Em sua atuação jurisdicional enquanto Corte de Precedentes, o STJ consolidou importante jurisprudência a respeito do tema a ser observada pelos demais Tribunais pátrios, reconhecendo tanto a ocorrência de danos morais pelo atraso injustificado da prestação jurisdicional, quanto a necessidade de sua reparação pelo Estado pela ineficiência na prestação deste serviço público.

Também foi firmado o entendimento de que a responsabilidade estatal em tais casos possui natureza objetiva e não pode ser afastada com a invocação do argumento de insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho do Poder Judiciário. Reconheceu-se, ainda, que esta responsabilidade não se estende ao Magistrado por sua atuação, a não ser quando nela puder ser inferido o dolo ou a fraude como elemento subjetivo.

No caso concreto, o Tribunal Superior reconheceu a existência de dano ocorrido em razão da injustificada demora de 2 anos e 6 meses para o proferimento de mero despacho citatório em ação de execução de prestação alimentícia que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Assim, deu-se provimento ao Recurso Especial para restabelecer a condenação que havia sido proferida em primeiro grau de jurisdição.

Como bem apontado pelo voto do Ministro Relator, Og Fernandes, não se pode negligenciar a importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema.

2.5 DIMENSÃO JURÍDICO-OBJETIVA

Ao ser atribuído o status de direito fundamental à razoável duração do processo, esta norma passa a produzir efeitos que irradiam não apenas de sua dimensão subjetiva, voltada à proteção individual do sujeito de direitos que é seu titular, mas também em uma dimensão jurídico-objetiva, uma vez que ela constitui um princípio nuclear do ordenamento jurídico, que possui um conteúdo axiológico elementar para guiar a atuação dos poderes públicos.⁹³

Analizando esta perspectiva jurídico-objetiva inerente aos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet explicita a função autônoma que é outorgada a esta espécie normativa, que inevitavelmente representa uma decisão valorativa do Poder Constituinte que se irradia por todo o ordenamento e orienta a atuação dos órgãos legislativos, executivos e judiciários:

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.⁹⁴

A análise dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva implica reconhecer que de cada um deles decorre uma *eficácia dirigente*, que orienta a atuação estatal de modo a concretizar e efetivar os direitos fundamentais⁹⁵, e uma *eficácia irradiante*, pois "fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional"⁹⁶, que deve se dar em conformidade com as normas de direitos fundamentais.

Ao se debruçar sobre a perspectiva jurídico-objetiva que compõe o direito fundamental à razoável duração do processo, a doutrina processualista oferece uma atenção aos efeitos ativos por ela gerados ao vincular a atuação estatal no âmbito dos Três Poderes:

O inciso LXXVIII do art. 5.º, ao falar em direito aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo ao lado do direito à duração razoável, apenas sublinha a incidência do direito fundamental à duração razoável sobre o Executivo e o Legislativo, tendo o objetivo de deixar claro que a duração razoável do processo

⁹³ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 149.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 150.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 152.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 153.

não é algo que depende apenas do Poder Judiciário, mas também requer prestações do Executivo e do Legislativo.⁹⁷

Quanto à sua irradiação sobre o Poder Legislativo, Luiz Guilherme Marinoni aponta para um dever do legislador de oferecer proteção normativa para o cumprimento deste direito fundamental, criando normas que ofereçam ao magistrado e demais atores processuais técnicas e instrumentos que possibilitem a prestação da tutela jurisdicional em tempo adequado.⁹⁸ Da mesma forma, deve criar meios de controle das decisões judiciais "que violem as normas processuais destinadas a dar proteção ao direito fundamental à duração razoável".⁹⁹

Entretanto, não se olvidando a importância da atuação do Poder Legislativo na proteção do direito fundamental à razoável duração do processo, cumpre registrar que a doutrina há muito tempo vem alertando para a ineficácia das reformas da legislação processual quando realizadas de maneira isolada da realidade prática.

Em seu clássico ensaio, José Carlos Barbosa Moreira nos chama a atenção para o mito da "onipotência da norma" e para a "a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica". E conclui: "a norma, vale sublinhar, nem é impotente, nem onipotente."¹⁰⁰

Nessa mesma linha é a doutrina de Humberto Theodoro Junior, que nos faz o alerta para a imprescindibilidade de estudos estatísticos sérios a respeito dos principais fatores que impedem uma prestação jurisdicional tempestiva no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo ele, "sem o apoio em dados cientificamente pesquisados e analisados, a reforma legislativa dos procedimentos é pura inutilidade, que só serve para frustrar, ainda mais, os anseios da sociedade por uma profunda e inadiável modernização da Justiça".¹⁰¹

De fato, a carência de dados estatísticos a respeito das características do trâmite processual brasileiro e dos fatores que influenciam a sua duração é um problema que vem sendo resolvido tardiamente em nosso sistema jurídico. O tão renomado e referenciado

⁹⁷ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

⁹⁸ MARINONI, L. G. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out./nov. 2009, p. 86.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 88.

¹⁰⁰ MOREIRA, J. C. B. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, n. 205, abr./jun. 2001, p. 234.

¹⁰¹ THEODORO JR., H. Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional - Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 125, jul. 2005, p. 73.

Relatório Justiça em Números, realizado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, somente passou a adotar um indicador de tempo médio da duração dos processos nas diferentes instâncias e órgãos judiciais a partir de 2016, referente ao ano-base de 2015.¹⁰²

Contudo, não se pode negar que o cenário de produção e análise estatística da atuação judiciária brasileira vem apresentando progressiva evolução.¹⁰³

Quanto à vinculação do Poder Executivo na atuação estatal para a efetivação da tempestividade na prestação jurisdicional, Luiz Guilherme Marinoni afirma haver um “dever de dotação”¹⁰⁴ da Administração Pública, que deve oferecer ao Poder Judiciário a estrutura e os recursos necessários para que o serviço público da “Justiça” seja ofertado eficientemente.

Este dever de dotação significa, em outros termos, um dever de caráter econômico e estrutural, que disponibilize ao Poder Judiciário a estrutura adequada ao seu funcionamento, sendo ela composta por “pessoal qualificado, tecnologia e material de expediente idôneos.”¹⁰⁵

O Poder Judiciário, por sua vez, pode ser considerado o principal destinatário da norma. Na posição de garantidor da efetivação dos direitos fundamentais, o Magistrado tem a função precípua de oferecer uma prestação jurisdicional tempestiva, utilizando-se dos meios técnicos e materiais ao seu alcance para tanto.

Sergio Cruz Arenhart aponta para um *dever imposto ao magistrado pela Constituição* de “naquilo em que tenha a liberdade de adequar o procedimento às peculiaridades de certo caso, optar sempre pelo caminho que ofereça a mais ampla, adequada, efetiva e tempestiva proteção aos valores constitucionais fundamentais”.¹⁰⁶

Para além disso, Luiz Guilherme Marinoni trabalha também com um dever do Juiz de interpretação *de acordo e conforme* das regras processuais, de modo a adequá-las ao direito fundamental à razoável duração:

¹⁰² SOUZA, J. A. G. **Duração razoável e celeridade**: a tempestividade do processo civil brasileiro em uma dimensão conflitual. 2017. Tese (doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2017, p. 197.

¹⁰³ Ao menos, esta é a opinião de SOUZA, J. A. G., *ibidem*, p. 194, à qual ora se filia, que reconhece com otimismo que: “um grande avanço da Justiça brasileira, neste início de século, foi o crescimento substancial das pesquisas empíricas a ela relativas, permitindo diagnósticos”.

¹⁰⁴ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

¹⁰⁵ MARINONI, L. G. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009, p. 90-91.

¹⁰⁶ ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

De outra parte, o juiz, na sua missão de dar tutela aos direitos, não pode deixar de interpretar as regras processuais de acordo com os direitos fundamentais, ou mesmo, se for o caso, de adotar as técnicas de controle de constitucionalidade para permitir a realização concreta do direito fundamental à duração razoável.¹⁰⁷

Isso implica dizer que o direito fundamental à razoável duração do processo, ao ser positivado no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, passou a ser um parâmetro direto de controle das normas infraconstitucionais. Assim, o magistrado, ao se deparar com uma situação em que a aplicação da norma processual infraconstitucional implique uma injusta ofensa à tempestividade da prestação jurisdicional, deve afastá-la ou utilizar-se das técnicas de interpretação conforme ou de declaração parcial de nulidade sem redução de texto.¹⁰⁸

Por fim, cumpre ao Poder Judiciário também um dever de organização de sua estrutura interna¹⁰⁹, de modo a distribuir racional e proporcionalmente a demanda pela prestação jurisdicional e possibilitar sua oferta eficiente aos jurisdicionados, em cumprimento à diretriz imposta pelo art. 93, inc. XIII, da Constituição Federal¹¹⁰.

E é justamente na eficiência desta gestão organizacional por parte do Poder Judiciário que repousa a maior parte das críticas tecidas pela doutrina a respeito dos fatores que mais influenciam para a morosidade da prestação jurisdicional brasileira. Novamente oportunos, neste aspecto, são os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior:

Mas a injustiça mais constante e mais real, no campo da denegação de justiça pela demora excessiva e intolerável, deriva da má funcionalidade dos serviços judiciais. É no gerenciamento da máquina estatal que se registram as causas mais evidentes do desrespeito à garantia do devido processo legal, pelo sistemático descompasso ocorrido entre os procedimentos legais e a tramitação real das causas perante o Poder Judiciário.¹¹¹

Da análise do amplo material de discussão e construção teórica a respeito do objeto da presente pesquisa, infere-se que um dos pontos centrais apontados pela doutrina como influenciadores da crise de intempestividade do processo civil brasileiro reside na

¹⁰⁷ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹¹⁰ "Art. 93. (...) XIII o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;"

¹¹¹ THEODORO JR., H. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 5, n. 29, mar./abr. 2009, p. 90.

inobservância, pelos órgãos judiciários e seus servidores, dos prazos que lhes são impostos para o impulsionamento dos trâmites processuais.

Tradicionalmente tidas como prazos impróprios - ou seja, cuja inobservância não implicaria nenhuma sanção àquele que os descumpre - as delimitações temporais dirigidas ao trabalho do Poder Judiciário não trazem consigo nenhum tipo de incentivo para o seu fiel cumprimento pelos magistrados e servidores e constituem, dessa forma, o principal ponto de origem das “etapas mortas” anteriormente analisadas.

A partir desta observação, Antonio do Passo Cabral propõe uma ressignificação do próprio conceito de “prazo impróprio” quando este for dirigido aos prestadores da atividade jurisdicional. Segundo o autor, se não se pode falar em qualquer forma de preclusão na dinâmica endoprocessual, a inobservância do prazo impróprio gera o efeito de “configurar a *mora jurisdicional*, sujeitando o magistrado à posição de autoridade coatora”¹¹², da qual decorre as pretensões mandamental e indenizatória anteriormente analisadas, a depender das especificidades do caso concreto.

Bem analisado o cenário, parece claro que um dos fatores essenciais para um realinhamento da prestação jurisdicional para o caminho da tempestividade é o de que “os serviços judiciários e os seus operadores sejam revistos, reorganizados e preparados para cumprir, com fidelidade, os procedimentos, prazos e diligências tal como os disciplinam os Códigos e leis processuais em vigor”.¹¹³

A partir do estudo da dimensão objetiva do direito fundamental à razoável duração do processo no direito brasileiro, e da sua função orientadora para a atuação estatal no âmbito do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, pode-se inferir a sua natureza eminentemente prestacional¹¹⁴. Isso porque a atuação estatal que ela provoca não se limita a promover uma abstenção e assegurar um espaço de proteção do particular para o exercício da garantia.

Mais do que isso, ela exige do Estado uma atuação positiva, promovendo uma rearticulação do sistema de prestação jurisdicional ao passar a ser vista como um dos elementos de seu núcleo, imprescindível para a formação da eficiência deste serviço público.

¹¹² CABRAL, A. do P., *op. cit.*, p. 85.

¹¹³ THEODORO JR., H. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 5, n. 29, mar./abr. 2009, p. 93.

¹¹⁴ Nesse sentido, SOUZA, J. A. G. **Duração razoável e celeridade**: a tempestividade do processo civil brasileiro em uma dimensão conflitual. 2017. Tese (doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2017, p. 292.

E este é um conceito que agora precisa ser retomado para a continuidade do presente trabalho: a noção da prestação jurisdicional enquanto serviço público, sujeito às diretrizes expressas no artigo 37 da Constituição Federal.

A partir desta perspectiva, Sergio Cruz Arenhart traz uma abordagem da prestação jurisdicional a partir de sua *dimensão pamprocessual*, que - em contraposição a uma visão endoprocessual limitada à discussão do caso concreto e da aplicação topográfica dos elementos normativos - se dedica à “relação externa dos processos ou, mais precisamente, na avaliação dos processos tomados em seu conjunto”.¹¹⁵

Nessa "dimensão macroscópica" do processo civil, a preocupação está concentrada em se verificar como se dá a prestação do serviço público de tutela jurisdicional através da análise da gestão do volume, da necessidade e da complexidade¹¹⁶ de processos tomados globalmente. Assim, o autor trabalha com a aplicação do critério da proporcionalidade a partir dessa nova perspectiva, como instrumento de modulação de aplicação dos recursos destinados a este serviço para que sejam isonomicamente distribuídos entre seus usuários:

Sendo assim, porque se trata de um serviço, a atividade prestada deve ser modulada também tendo em vista o montante de recursos que podem ser exigidos pelos demais cidadãos. Vale dizer que o esforço estatal aplicado a um caso determinado deve ser dimensionado também a partir do esforço que poderá ser disponibilizado às outras pessoas, que, afinal, são também potenciais usuários desse serviço.

(...)

Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos judiciais (existentes ou potenciais).¹¹⁷

O que se propõe com esta nova abordagem da prestação jurisdicional é a aplicação do critério de proporcionalidade no esforço estatal oferecido a um caso concreto levando-se em consideração “o todo de processos judiciais (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço.”¹¹⁸

Quando aplicada na análise do direito fundamental à razoável duração do processo, esta nova perspectiva submete esta norma, até então tida como intocada, ao critério de proporcionalidade levando em conta a escassez de recursos que compromete o serviço público

¹¹⁵ ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 42-45.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 44-45.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

da Justiça: não pode o Estado assegurar a razoável duração a apenas um ou alguns processos, utilizando-se todo o recurso à sua disposição para tanto, em detrimento dos demais. Isso representaria uma nítida quebra à regra da isonomia do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

A adoção desta dimensão pamprocessual para a análise da razoável duração do processo é trabalhada por José Augusto Garcia de Souza em sua tese de doutoramento para distinguir a forma como a norma deve ser tratada pelo intérprete, em contraposição à lógica endoprocessual. Segundo ele, "condenar o princípio da duração razoável a atuar apenas no plano individual, intraprocessual, é esvaziá-lo consideravelmente, subtraindo-se dele a incidência em que pode ser mais efetivo socialmente."¹¹⁹

Para o autor, a principal diferença a ser evidenciada ao se tratar a razoável duração do processo em suas dimensões endoprocessual e pamprocessual se dá pela sua característica de ponderabilidade perante uma colisão com demais princípios constitucionais.

A característica de imponderabilidade da duração razoável do processo anteriormente analisada ganha novos contornos sob a perspectiva pamprocessual e sua lógica se inverte, uma vez que a duração razoável passa a ser vista como apenas mais um elemento que integra o serviço público da prestação jurisdicional¹²⁰. Em suas palavras:

A maior diferença, inegavelmente, diz respeito ao aspecto da ponderabilidade com outras normas. No plano individual, conforme examinado no tópico anterior, as ponderações do princípio da duração razoável não fazem nenhum sentido, já que ele próprio é que representa o produto, o resultado, o saldo, de uma grande ponderação. Na plataforma coletiva, no entanto, essa incompatibilidade lógica desaparece por completo, e a ponderação se faz não só possível como necessária, em inúmeras situações.¹²¹

Se a razoável duração é apenas mais um elemento formador de uma prestação jurisdicional eficiente, sua aplicação deve ser realizada considerando-se toda a constelação de princípios processuais constitucionais da qual faz parte, cujos componentes compartilham dos mesmos recursos limitados para a existência.

Nesta nova lógica de ponderabilidade da duração razoável no plano extraprocessual, Garcia de Souza cita o exemplo de se seria viável suprir a excessiva demanda jurisdicional - e,

¹¹⁹ SOUZA, J. A. G. **Duração razoável e celeridade**: a tempestividade do processo civil brasileiro em uma dimensão conflitual. 2017. Tese (doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2017, p. 339.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 339.

¹²¹ *Ibidem*, p. 339.

consequentemente, a morosidade que a acompanha - com a multiplicação do número de Juizes à disposição do Poder Judiciário: "um aumento expressivo do número de juízes pode ter, em consequência, impacto positivo na questão da tempestividade. Mas a que preço? Vale a pena privilegiar o setor jurídico em detrimento de áreas igualmente relevantes (ou mais), como educação, saúde, segurança?"¹²²

Sem adentrar na detida análise das diversas hipóteses em que a razoável duração do processo, tomada em sua perspectiva macroscópica, entra em conflito com outros valores essenciais de nosso sistema jurídico-constitucional, fato é que esta nova abordagem, brevemente analisada no presente trabalho, se adequa perfeitamente ao estudo deste direito fundamental, principalmente ao se considerar, como fez Samuel Miranda Arruda, que sua violação em regra se dá de forma estrutural, ou seja, é generalizada, acometendo de maneira indistinta todas as causas submetidas ao Poder Judiciário:

Uma característica que diferencia o direito ao processo em tempo razoável dos demais direitos processuais fundamentais é justamente o caráter estrutural de sua violação. Em regra, esta não se dá apenas pontualmente, em um processo isolado. Ao contrário, a inadequação temporal é generalizada, acometendo indistintamente um número considerável de feitos submetidos a condições de tramitação semelhantes. Tal se dá em face de problemas que atingem o sistema judiciário como um todo, ou parte considerável deste. Assim, é natural que as soluções propostas sejam mais genéricas, dissociadas de um único caso concreto.¹²³

E os efeitos desta “violação estrutural” do direito fundamental à razoável duração do processo são um prejuízo sentido por toda a sociedade e um pesado custo para a administração da justiça, que se vê desacreditada perante o jurisdicionado em razão de sua ineficiência e cada vez mais distante de sua finalidade precípua de pacificação social.

Luiz Guilherme Marinoni chama a atenção para o risco que a morosidade na prestação jurisdicional pode trazer para a própria consolidação do acesso à justiça:

La morosidad no sólo significa un peso muy grande para el litigante, sino que también inhibe el acceso a la justicia. La lentitud lleva al ciudadano a no creer en el

¹²² SOUZA, J. A. G.. A tríade constitucional da celeridade no processo: celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 1, jan./abr. 2019, p. 33-34.

¹²³ ARRUDA, S. M. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 229, *apud*, SOUZA, J. A. G. **Duração razoável e celeridade: a tempestividade do processo civil brasileiro em uma dimensão conflitual**. 2017. Tese (doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2017, p. 295.

Poder judicial, lo que es altamente nocivo para los fines de pacificación social de la jurisdicción, pudiendo asimismo conducir a la pérdida de legitimidad del poder.¹²⁴

A partir do momento em que um processo dura mais do que o necessário, este passa a comprometer a própria atividade jurisdicional, contribuindo para a morosidade e o congestionamento do Poder Judiciário e comprometendo a própria qualidade das decisões judiciais, que deverão ser tomadas sob uma carga de trabalho muito maior do magistrado.¹²⁵

Nessa mesma linha de pensamento, José Rogério Cruz e Tucci faz o alerta para os prejuízos econômicos que a morosidade da prestação jurisdicional acarretam não somente ao jurisdicionado, mas à sociedade como um todo, ao aumentar as incertezas e custos de transação e evitar a correta aplicação de recursos na economia de um país:

Ademais, o funcionamento insatisfatório do Judiciário prejudica, por duas vias, o desempenho da economia: ‘primeiro, compromete a eficiência da economia, pois aumenta a incerteza e os custos de transação. A falta de uma proteção ágil e imparcial dos contratos e dos direitos de propriedade faz com que as decisões empresariais sejam distorcidas, mantendo-se os recursos ociosos e deixando-se de aproveitar oportunidades de negócios.’¹²⁶

Os prejuízos de uma Justiça morosa, portanto, não se limitam às partes envolvidas no processo - estes já foram objeto de análise no capítulo anterior. Transcendendo esta perspectiva individual e tomando a dimensão objetiva e estrutural do direito fundamental à razoável duração do processo, infere-se que uma prestação jurisdicional ineficiente e intempestiva é um problema, acima de tudo, social.

3 A TÉCNICA ANTECIPATÓRIA FUNDAMENTADA EM EVIDÊNCIA

3.1 O TEMPO ENQUANTO ÔNUS PROCESSUAL E A NECESSIDADE DE SUA DISTRIBUIÇÃO ISONÔMICA NO PROCEDIMENTO COMUM

Uma detida análise da razoável duração do processo em sua categoria de direito fundamental permite enxergar que esta norma constitucional, mais do que um mero fator de

¹²⁴ MARINONI, L. G. La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso. **Revista de Derecho Themis**, n. 43, 2001, p. 51.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹²⁶ CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 116.

aceleração de um rito procedimental, constitui um elemento nuclear para se garantir a efetividade da prestação jurisdicional, tomada enquanto um serviço público essencial. Como se vê, não se pode conceber uma tutela de direitos que se pretende efetiva e adequada, se ela não for prestada de forma tempestiva.

Conforme defendido no capítulo anterior, por *razoabilidade* da duração processual entende-se um frágil ponto de equilíbrio entre o tempo necessário para, por um lado, garantir a idoneidade da tutela jurisdicional de um direito que reivindica a proteção estatal e, por outro, possibilitar o exercício de um contraditório pleno, que garanta a efetiva participação dos sujeitos processuais na construção da decisão judicial em um processo civil democrático¹²⁷.

Portanto, uma adequada interpretação para a norma positivada no art. 5º, inc. LXXVIII, do texto constitucional é a sua leitura indissociada da garantia de uma isonomia entre os litigantes, aos quais deve ser assegurada uma posição de igualdade com relação aos efeitos benéficos e maléficos intrínsecos à relação processual, neles incluídas as consequências que uma dilação temporal no processo trará para suas esferas jurídicas.

Esta leitura é uma decorrência direta da superação sofrida no campo da doutrina processual de um devido processo antes visto em seu aspecto meramente formal, defendendo uma pretensa autonomia científica quase parnasiana¹²⁸, para um processo que passa a ser visto "como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional, que há de se manifestar sempre como atributo de uma tutela justa"¹²⁹. Se propôs, dessa forma, uma nova releitura do acesso à justiça e do devido processo legal, à luz da constitucionalização dos direitos fundamentais.

¹²⁷ A noção de uma decisão judicial que não se limita à consciência do magistrado, sendo antes de tudo fruto de uma mútua atuação entre os sujeitos processuais, enquanto resultado da troca de argumentos e da interação entre si, é muito bem sintetizada por DOTTI, R. F.. Tutela liminar da Evidência e contraditório Prévio: quando é possível postergar o Direito de defesa?. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal** (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). 1ed. Erechim: Deviant, 2017, p. 229-234.

¹²⁸ Em uma breve analogia, assim como o movimento literário parnasiano do final do Séc. XIX pregava "a arte pela arte", pode-se dizer que o percurso de autonomização do processo civil pretendia a criação de uma disciplina completamente dissociada de suas raízes no direito material e, portanto, a visão do "processo pelo processo". Sobre este movimento de autonomização científica do processo civil e suas consequências, cf. MARINONI, L. G. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-44. "A intenção de depurar o processo civil de sua contaminação pelo direito substancial, a ele imposta pela tradição jurídica do séc. XIX, levou a doutrina chiovendiana a erguer as bases de um 'direito processual civil' completamente despreocupado com o direito material".

¹²⁹ THEODORO JR., H. Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional - Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 125, jul. 2005, p. 66.

Contudo, se atualmente vivemos uma fase de reaproximação do processo civil com o direito material - através da visão de que aquele constitui um instrumento para a tutela jurisdicional deste -, é inegável que nosso sistema processual ainda carrega em seus institutos as raízes de sua concepção em uma sociedade marcadamente liberal e individualista como a do séc. XIX. E o principal exemplo disso, como nos aponta a doutrina, está na pretensão de uma uniformização procedimental, ou seja, “a ideia de um único procedimento para atender a diferentes situações de direito substancial[, que] tem origem na tentativa de isolamento do processo em face do direito material.”¹³⁰

E essa tentativa de criação de um procedimento marcadamente neutro e genérico, passível de ser aplicado a toda e qualquer situação de vulnerabilidade das mais diversas espécies de direito material, fez surgir o procedimento ordinário - denominado procedimento comum pela atual legislação processualista - que, nascido em uma sociedade que cultivava os valores individualistas do séc. XIX, “era fortemente pontuado pela necessidade de assegurar liberdade aos cidadãos, o que somente seria possível nesta visão, através da segurança jurídica obtida através de uma demanda plenária, dotada de ampla cognição e contraditório pleno”.¹³¹

Como nos ensina a clássica doutrina de Ovídio Baptista, a *plenariedade* de cognição do procedimento ordinário era um elemento essencial para se assegurar a mínima intervenção estatal sobre a esfera jurídica do indivíduo, que só se faria legítima após lhe ser oportunizado um pleno exercício de defesa, bem como para se garantir que aquele que fosse declarado vencedor do processo tivesse a certeza da intangibilidade dessa nova situação:

É neste ponto que emerge a indiscutível superioridade do Procedimento Ordinário, na medida em que a *ordinariedade* permite a *plenariedade* da demanda judicial, de modo a que o processo civil atenda às exigências e valores do individualismo liberal do século XIX, quais sejam, o respeito quase sagrado à liberdade individual do demandado, a quem se deveria assegurar ampla e exauriente defesa; e a segurança absoluta do vencedor contra quaisquer futuras investidas do vencido, representada pela intocabilidade da coisa julgada, abrangente tanto quanto possível de todas as questões litigiosas que somente as demandas plenárias (não-sumárias sob o ponto de vista material) podem proporcionar.¹³²

¹³⁰ MARINONI, L. G. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

¹³¹ MAZINI, P. G. R. R. **A técnica da evidência e a atuação de ofício do juiz na dimensão do direito fundamental à efetividade**. 2018. 154 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2018, p. 16-17.

¹³² SILVA, O. A. B. **Do Processo Cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 8.

E apesar da resistência deste movimento de ordinarização procedimental, que estende suas raízes até os tempos atuais, há muito a doutrina já nos vem alertando sobre o fracasso da tentativa idealista de se amparar toda e qualquer forma de direito material através de um único instrumento genérico, pretensamente neutro e indiferente à realidade e às necessidades dos jurisdicionados que reivindicam a proteção estatal.

Nesse sentido, Rogéria Dotti expõe a manifesta inadequação da ideia de que um único procedimento poderia servir para atender às diversas demandas sociais e ainda manter uma posição de neutralidade do julgador perante as partes:

O grande inconveniente da generalização do procedimento ordinário é justamente sua inadequação às diversas necessidades das partes quando estão a discutir uma gama muito diferente de pretensões de direito material. O mito do processo ordinário fez com que durante muito tempo se acreditasse que ele funcionaria como um *coringa*, como um procedimento *neutro* que, por isso mesmo, poderia se adequar a todo e qualquer litígio da vida de relação.¹³³

Esta falsa noção de neutralidade do procedimento ordinário é afastada através da perspicaz concepção, que há muito tempo nos é alertada por Luiz Guilherme Marinoni, de que o fim precípua do processo não é a mera declaração de existência de um direito que é reivindicado. Mais do que isso, o que um autor busca em um processo é “uma modificação da realidade empírica e o réu deseja a manutenção do *status quo*”¹³⁴. Ou seja, é um espaço de disputa para a modificação das esferas patrimoniais e jurídicas de cada uma das partes.

Dessa forma, tem-se demonstrada a contradição de um procedimento ordinário pretensamente neutro, mas que deixa a parte autora de mãos atadas, incumbindo-lhe a espera integral do tempo inerente aos atos e diligências processuais, para só permitir uma efetiva alteração da realidade fática em seu favor em um segundo momento, após a formação da sacra coisa julgada material. Como nos ensina a doutrina, “um juiz que nada decida até o final do processo e só se preocupe em manter o *status quo* acaba sendo muito mais parcial do que se imagina”¹³⁵.

¹³³ DOTTI, R. F. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45.

¹³⁴ MARINONI, L. G. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

¹³⁵ DOTTI, R. F. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

É neste cenário em que se busca, através da tutela jurisdicional, uma pronta alteração da realidade material, que surge o que é aqui considerada como a maior construção teórica a respeito do tema, cujo desenvolvimento e propagação na doutrina processualista também deve ser creditado a Marinoni: a noção de que o tempo inerente aos atos processuais deve ser visto como um ônus e, como tal, deve ser isonomicamente distribuído entre as partes do processo¹³⁶, de modo a se assegurar-lhes a paridade de tratamento.

Sob essa nova ótica, o direito fundamental à razoável duração do processo - cuja titularidade, como visto anteriormente, é atribuída tanto ao autor quanto ao réu -, adquire uma nova entonação, uma vez que deve ter sua leitura indissociada à garantia de isonomia processual entre as partes. Isso implica dizer que o conceito de uma duração razoável do processo não mais se limita a uma medição do tempo global de trâmite do procedimento, devendo-se dele inferir também a necessidade de sua justa distribuição entre os sujeitos que compõem a relação jurídica processual.

Estendendo esta concepção da duração do processo como um ônus, Bruno Bodart se baseia no termo filosófico da dromologia¹³⁷ para analisar a importância do tempo na relação processual e as consequências de sua dilação para os sujeitos do processo. Segundo ele, o tempo deve ser visto como um bem da vida, precioso em razão de sua evidente escassez. Assim, no processo, "pelo simples fato de ter de aguardar para exercer o seu direito, o titular experimenta um prejuízo em sua esfera jurídica."¹³⁸

A partir dessa ideia, sustenta o autor que todos os riscos e prejuízos decorrentes do tempo de vida que deve ser gasto com o trâmite processual podem ser encapsulados no que é por ele denominado "ônus dromológico"¹³⁹, cuja distribuição dinâmica entre as partes ao longo do processo é essencial para manter-lhes a isonomia.

É com base nessas concepções doutrinárias, de que o tempo de trâmite processual e suas consequências passam a ser vistos como um ônus, que tem-se chamado a atenção para a imprescindibilidade de se dotar o obsoleto procedimento ordinário de instrumentos capazes de

¹³⁶ MARINONI, L. G. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 14 e 27.

¹³⁷ Um conceito que, segundo o autor, e com base nos estudos de Paul Virilio, pode ser entendido como "o estudo dos efeitos da velocidade nas relações humanas, notadamente as relações políticas". Cf. BODART, B. V. R. **Tutela de Evidência** – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 72.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 78.

efetuar sua justa distribuição entre os sujeitos processuais, de modo a não sobrecarregar a parte autora com este pesado encargo até uma decisão final, formada sobre a ultrapassada concepção da plenariedade e exaustividade procedimental.

E, neste cenário, assume protagonismo a função exercida pelas técnicas antecipatórias progressivamente inseridas no procedimento comum, que justamente "tem por função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo"¹⁴⁰, ao possibilitar a antecipação da tutela jurisdicional através de uma decisão sumária, que permite conceder ao autor a tão desejada alteração da realidade fática, mesmo que provisoriamente, antes do final do longo trâmite exigido para uma cognição exauriente.

A importância deste tipo de instrumento é salientada por Daniel Mitidiero como elementar para a própria democratização do processo civil e asseguuração de uma noção de isonomia entre os litigantes:

Um sistema processual civil sem previsão de técnica antecipatória é um sistema indiferente à igualdade no processo, porque invariavelmente coloca sob as costas do autor todo o peso que o tempo nele representa. É um sistema que trata de forma igual situações desiguais - direito provável e improvável - e por isso certamente pode ser tido como violador do direito ao processo justo.¹⁴¹

Entre os instrumentos de antecipação de tutela previstos em nosso sistema processual para o procedimento comum, assume especial relevância a técnica antecipatória fundamentada em evidência, pois, ao prescindir de uma situação de urgência para a sua concessão, estabelece como seu fim último tão somente "distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não"¹⁴².

Não se olvida aqui a importância assumida pelas técnicas antecipatórias fundamentadas em urgência. Estas também se prestam à atividade de distribuição do tempo processual entre as partes. Porém, mesmo nos casos em que possuem natureza satisfativa, este tipo de instrumento tem como objetivo central afastar uma situação de urgência, em que a demora na prestação da tutela jurisdicional (*periculum in mora*) pode ter como consequência a

¹⁴⁰ MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

¹⁴¹ MITIDIERO, D. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, jul. 2011, p. 49.

¹⁴² MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 157-158.

sua própria imprestabilidade, uma vez que o direito a que se reivindica tutela terá sido objeto de dano irreparável ou de difícil reparação.

Já a “tutela da evidência” - para se utilizar da terminologia adotada pela legislação processual - tem a sua razão de ser sedimentada na lógica de promoção da isonomia das partes em suportar os encargos advindos do tempo do processo, com base na probabilidade de terem um julgamento de procedência em favor de seus argumentos ao final do feito. Vale dizer:

O objetivo da tutela da evidência está em adequar o processo à maior ou menor evidência da posição jurídica defendida pela parte no processo, tomando a maior ou menor consistência das alegações das partes como elemento para distribuição isonômica do ônus do tempo ao longo do processo.¹⁴³

Se a parte autora logrou êxito em demonstrar a alta probabilidade de se sagrar vencedora ao final do processo, faz-se justo que ela tenha por satisfeita sua pretensão em um momento anterior ao fim do trâmite processual, mesmo que de forma reversível, uma vez que passa a ser dever do réu uma atuação no feito que busque reverter este quadro de evidência que se consolidou em favor do demandante.

Este tratamento diferenciado do procedimento comum que passa a ser conferido às situações de evidência é entendido por Luiz Fux como inerente à concepção de um devido processo legal em razão da distinção que ela representa à situação jurídica controvertida:

Há casos em que a incerteza é evidente e há casos em que o direito é evidente. Para esses a tutela há de ser imediata como consectário do devido e 'adequado processo legal'. É indevido o processo moroso diante da situação jurídica da evidência. Ademais, imaginar o 'devido processo legal' com fases estanques é observá-lo com as vistas voltadas somente para os interesses do demandado, olvidando a posição do autor (...).¹⁴⁴

De fato, faz sentido se conceber um tratamento diferenciado a situações em que a comprovação do direito da parte autora seja suficiente para gerar um estado de cognição quase plena a respeito de sua existência, a qual só não se efetiva de maneira integral neste estágio do processo por uma necessidade de se assegurar ao réu o pleno exercício de sua defesa e uma participação efetiva na formação da cognição judicial.

¹⁴³ MITIDIERO, D. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, jul. 2011, p. 41.

¹⁴⁴ FUX, L. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, 321-322.

Ademais, ao conquistar um estado de evidência a parte autora assume uma posição passiva no processo e o protagonismo passa a se centralizar na atuação do réu, na tentativa de desconstituir esta situação de alta probabilidade de procedência da demanda. Dessa forma, pode-se inferir que a dilação temporal do processo em tais casos, quando ausente uma técnica antecipatória, só opera em benefício deste último, uma vez que é ele quem vai se utilizar dos instrumentos processuais a sua disposição para comprovar a idoneidade de suas alegações.

Para Bruno Bodart, a técnica antecipatória de evidência assume neste cenário um papel de redistribuição de riscos inerentes à atividade processual, pois, uma vez constatada a alta probabilidade do direito da parte autora, "o risco de produção de uma injustiça pela mora na prestação jurisdicional é muito maior que o risco de erro judiciário (sendo este o principal perigo da cognição sumária)"¹⁴⁵, o que justifica a antecipação do provimento judicial.

Assim, compreendida a técnica antecipatória de evidência como o instrumento previsto em nosso sistema processual apto a realizar uma isonômica distribuição do tempo do processo e seus encargos entre os litigantes, passa-se a seguir a uma detida análise do instituto e das hipóteses legalmente previstas para sua aplicação, para então concebê-lo enquanto meio de tutela do direito fundamental previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal.

3.2 ANÁLISE TÉCNICO-NORMATIVA E HIPÓTESES DE CABIMENTO DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA DE EVIDÊNCIA

Para adentrarmos em uma análise técnica a respeito do instituto da tutela da evidência, primeiramente faz-se necessária uma breve porém importante distinção conceitual entre *tutela antecipada* e *técnica antecipatória* - termos próprios à doutrina processualista que muitas vezes são utilizados enquanto sinônimos na prática forense, abdicando-se do rigor técnico necessário ao seu entendimento.

Com base na doutrina desenvolvida por Daniel Mitidiero¹⁴⁶, podemos compreender a tutela antecipada como um provimento jurisdicional que se situa no plano do direito material, em que se efetiva a proteção do direito reivindicado pela parte através de medidas *satisfativas*, com a pronta satisfação da pretensão final veiculada na demanda, ou *cautelares*, em que se

¹⁴⁵ BODART, B. V. R. *Op. Cit.*, p. 112.

¹⁴⁶ MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 69-76.

tutela o direito à cautela, que permitirá uma posterior tutela satisfativa no fim do processo. Diz-se que a tutela é antecipada pois é prestada em momento anterior ao final do processo e, portanto, de sua completa instrução probatória.

A técnica antecipatória, por sua vez, situa-se no plano do direito processual, consistindo tão somente em um instrumento processual legalmente previsto, que permite ao magistrado conceder a tutela antecipada com base em um juízo sumário e não exauriente de cognição, formado através das provas já constantes nos autos, mas antes de se finalizar a instrução do feito.¹⁴⁷ Em outras palavras, "a técnica antecipatória é um meio para prestação de tutela antecipada pelo juiz no processo".¹⁴⁸

Portanto, como explica Mitidiero, os dois conceitos se situam em planos jurídicos distintos - de direito material e processual, respectivamente¹⁴⁹. Enquanto a tutela antecipada consubstancia a própria proteção do direito material lesado ou ameaçado de lesão, a técnica antecipatória é o instrumento processual através do qual o magistrado a pode conceder.

Nesta segunda parte do presente estudo, o objeto de análise está delimitado a este plano de direito processual, buscando compreender uma técnica antecipatória específica prevista no Código de Processo Civil, que fundamenta a concessão da tutela antecipada na evidência do direito da parte autora e das pretensões por ela deduzidas, prescindindo do clássico requisito do *periculum in mora* que por muito tempo foi visto como companheiro inseparável deste tipo de provimento sumário.

A técnica antecipatória fundada em evidência não é propriamente uma novidade trazida pelo Código Processual de 2015¹⁵⁰. No revogado Código Buzaid, já havia sido inserida, com a reforma que sofreu em 1994 pela Lei 8.952, uma hipótese de antecipação da tutela quando "caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu" (art. 273, inc. II). Este dispositivo passou a ser tratado pela doutrina como o ponto de origem da tutela da evidência no procedimento comum, uma vez que não exigia o requisito de *perigo de dano* irreparável ou de difícil reparação para a sua concessão.

¹⁴⁷ MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 63-64. "A técnica antecipatória diz respeito apenas ao momento em que a tutela é prestada e ao módulo de cognição a ele vinculado".

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 74.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 70.

¹⁵⁰ DOTTI, R. F.. Tutela liminar da Evidência e contraditório Prévio: quando é possível postergar o Direito de defesa?. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal** (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). 1ed. Erechim: Deviant, 2017, p. 234-235.

Foi através de seu estudo que Luiz Fux cunhou o termo “tutela da evidência”¹⁵¹, posteriormente adotado na legislação processualista pelo CPC de 2015, no qual o tema recebeu o merecido tratamento, sendo ampliado em um Título próprio e compondo um livro exclusivamente dedicado ao que a legislação optou chamar de “tutela provisória”. Na célebre conceituação do autor “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revelações incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.”¹⁵², fazendo-se uma comparação com o *direito líquido e certo* imprescindível à lógica do Mandado de Segurança.

Para a configuração desta evidência exigida, portanto, deve se fazer presente uma constatação maior do que a mera “probabilidade do direito” (*fumus boni iuris*) exigida na concessão da tutela de urgência.¹⁵³ Ela gera uma situação de “quase certeza”¹⁵⁴ das alegações da parte autora, que muitas vezes só não constitui uma cognição exauriente por respeito ao exercício do direito de defesa da parte ré.

Somente este elevado grau de certeza justifica a antecipação da tutela jurisdicional mesmo quando não constatado qualquer perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Com base na lógica de justa distribuição do ônus do tempo entre os litigantes, Daniel Mitidiero entende que, uma vez que a parte autora encontra-se em um estado de maior evidência quanto à pretensão por ela deduzida na demanda, faz-se justificável lhe conceder o bem da vida pretendido desde logo, mas sem impedir que a parte ré tenha a oportunidade de desconstituir este estado de evidência através de sua defesa:

Aquele litigante que desde logo apresenta uma posição de maior evidência com relação à situação litigiosa, sendo provavelmente o titular do direito litigioso, deve fruir do bem da vida enquanto o seu adversário busca provar que a sua posição é merecedora de tutela jurisdicional.¹⁵⁵

¹⁵¹ BODART, B. V. R. *Op. Cit.*, p. 109.

¹⁵² FUX, L. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 305-306.

¹⁵⁴ MACÊDO, L. B. Antecipação da Tutela por Evidência e os Precedentes Obrigatórios. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, abr. 2015, p. 526.

¹⁵⁵ MITIDIERO, D. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, jul. 2011, p. 42.

No plano do processo, conforme preceitua Fredie Didier Junior, a evidência do direito passa a ser vista como um fato jurídico-processual¹⁵⁶, que constitui o pressuposto de uma técnica processual antecipatória prevista na legislação. A tutela provisória dela resultante se presta à natureza necessariamente satisfativa - e jamais cautelar - antecedendo a pretensão final deduzida pela parte demandante¹⁵⁷.

Este instrumento processual se situa em um quadro internacional de ampliação, no processo civil, de provimentos satisfativos de natureza sumária, cuja nova fronteira conquistada é a possibilidade de sua concessão mesmo diante da inexistência de urgência. Neste cenário, com nítido caráter inspirador para o instrumento brasileiro¹⁵⁸, se destaca o *référé-provision* do Direito Francês, previsto no art. 809 de seu *Code de procédure civile* para as hipóteses em que uma pretensão “não é seriamente contestada”¹⁵⁹ pelo devedor.

Estudando o instituto francês das *référés*, que constituem técnicas autônomas de tutela jurisdicional de natureza sumária, Gustavo Bohrer Paim destaca a importância do *référé-provision* enquanto instrumento de emancipação da tutela jurisdicional provisória da exigência de hipóteses de urgência. Segundo ele:

O *référé-provision* é, sem dúvida, o exemplo mais notável de um *référé* cuja extensão não é submetida à urgência, permitindo ao juiz do *référé* conceder imediatamente uma provisão creditada sobre o montante da condenação que será, eventualmente, proposta pelo tribunal, desde que a obrigação não seja seriamente contestada. Não há qualquer vinculação à urgência.¹⁶⁰

Retornando ao estudo do instituto previsto no direito processual brasileiro, cumpre-nos analisar os requisitos gerais preceituados pela doutrina para que seja constatada uma das hipóteses para a sua concessão.

Luiz Guilherme Marinoni, ainda quando analisava a técnica antecipatória prevista na legislação processual anterior, mas cuja lógica dos ensinamentos continua perfeitamente

¹⁵⁶ DIDIER JR., F. *et al.* **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 14. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 748.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 694.

¹⁵⁸ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46-47.

¹⁵⁹ *Article 809. (...) Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.*

¹⁶⁰ PAIM, G. B. O *référé* francês. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 203, jan. 2012, p. 108.

aplicável à nova disciplina instituída pelo CPC de 2015, consagrou o entendimento de que em todos os casos em que se trabalha com esta técnica antecipatória, não basta a presença apenas da evidência do direito da parte autora, sendo igualmente imprescindível, em tais casos, que seja constatada a fragilidade da defesa do réu.¹⁶¹ Ou seja, a evidência do direito da parte autora só se configura diante do fracasso da defesa do réu em fragilizá-la e desconstituí-la.

Nessa mesma linha de entendimento, Daniel Mitidiero afirma que para a concessão da técnica antecipatória de evidência basta que “o demandado exerça o seu direito de defesa de maneira não séria, inconsistente”¹⁶², o que acaba por conceder ao autor uma posição de maior probabilidade de suas alegações, justificando que o ônus do tempo e seus encargos passem a ser suportados por aquele que não logrou êxito em demonstrar com consistência sua posição jurídica.

Cumprido esclarecer, contudo, que só se justifica a aplicação da técnica antecipatória de evidência nos casos em que ainda se fizer necessária a dilação probatória do feito, que impeça uma cognição exauriente imediata e, portanto, um julgamento imediato da lide.¹⁶³ Caso contrário, em que houvesse a possibilidade de se formar um juízo de cognição exauriente somente a partir dos elementos probatórios pré-constituídos nos autos, seria a hipótese de julgamento antecipado do mérito, previsto no art. 355, inc. I, do CPC.¹⁶⁴

O Título próprio dedicado ao instrumento na legislação processual de 2015, além de positivar expressamente a prescindibilidade de constatação de urgência para a sua concessão, consolidou quatro hipóteses distintas em que se pode considerar como evidente o direito da parte autora, que justifica o emprego da técnica antecipatória como meio de distribuição do ônus do tempo entre as partes. São elas:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

¹⁶¹ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

¹⁶² MITIDIERO, D. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, jul. 2011, p. 43.

¹⁶³ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

¹⁶⁴ "Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:
I - não houver necessidade de produção de outras provas;"

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Assim, o prosseguimento do presente trabalho se dedicará à breve análise de cada uma das hipóteses legais que justificam a sua concessão, e de como elas se inserem na sistemática processual enquanto método distributivo do ônus temporal em conformidade com os preceitos constitucionais de razoável duração do processo e isonomia processual.

De modo a facilitar seu estudo, estas hipóteses serão analisadas em dois grupos distintos, tomados com base na forma em que se faz constatada a evidência em cada um dos casos: enquanto *decorrente de uma defesa insubsistente* da parte ré ou *decorrente de uma presunção legal*, o que justificaria sua concessão mesmo antes de qualquer manifestação do demandado.

3.3 A EVIDÊNCIA DECORRENTE DA DEFESA INSUBSISTENTE

A primeira categoria de hipóteses legais a ser analisada no presente trabalho é constituída por aquelas previstas nos incisos I e IV do art. 311, do CPC. Como característica distintiva deste grupo, tem-se a defesa insubsistente - ou "defesa infundada", ou ainda "defesa inconsistente", nos termos anteriormente analisados - já apresentada pela parte ré, constituindo elemento imprescindível para a constatação da evidência do direito do autor.

Em tais casos, portanto, esta evidência essencial à concessão da antecipação da tutela só se faz constatada após a prévia manifestação do demandado, feita de modo insuficiente para deslegitimar as provas pré-constituídas produzidas pelo autor que embasam fortemente sua pretensão. Esta defesa insubsistente, por sua vez, é ainda caracterizada por um pedido de produção de provas que exigem um ingresso na fase instrutória do feito, carecendo de dilação temporal para se efetivar.

A hipótese do inciso I prevê os casos em que "ficar caracterizado o *abuso do direito de defesa* ou o *manifesto propósito protelatório* da parte". Como se percebe, o dispositivo é

uma reminiscência da técnica processual do Código revogado, que tinha sua aplicação limitada a esta única previsão.

Tentando buscar uma delimitação conceitual precisa para estes dois conceitos indeterminados, Marcelo Bertoldi define que o abuso de defesa é caracterizado "na medida em que o réu, no uso dos instrumentos que lhe são postos pelo ordenamento jurídico, extrapola de seu direito e o faz de modo a prejudicar ilicitamente o autor".¹⁶⁵ Ou seja, é o uso deturpado, pelo réu, dos instrumentos processuais à sua disposição com o inequívoco propósito de prejudicar ou protelar a satisfação da pretensão da parte autora.

Quando este uso anormal da defesa é feito com o intuito de retardar a prestação jurisdicional, para que o réu mantenha por maior tempo possível a situação injusta de ter o bem da vida em seu domínio, este abuso de defesa se dá com o propósito manifestamente protelatório. Assim, embora não sejam sinônimas, ambas as expressões devem ser lidas de maneira conjunta e indissociada para fundamentar o uso da técnica antecipatória.¹⁶⁶

O autor também explicita que, para que se faça constatado o abuso do direito de defesa, não é necessária a verificação inequívoca de intenção prejudicial da parte ré, bastando que se faça evidenciado o uso anormal do direito de defesa pelo réu e a possibilidade de prejudicar a imediata satisfação da pretensão da parte autora. Em suas palavras:

Desta forma, no que diz respeito à antecipação da tutela estribada no inc. II do art. 273 [inc. I do art. 311 do Código atual], deverá ser concedida sempre que, preenchidos os demais requisitos, se evidencie o uso anormal do direito pelo réu, que se pode dar de forma manifestamente propositada ou então sem intenção danosa, mas que, em termos práticos, estará fazendo mau uso do processo, seja desviando a inteligência do juiz para a solução justa do litígio, seja procrastinando injustificadamente o processo (...).¹⁶⁷

Propondo uma leitura que pode se considerar mais ampliativa do dispositivo, Luiz Guilherme Marinoni entende que o abuso do direito do réu se faz constatado sempre que por ele é apresentada uma defesa infundada ou destituída de seriedade mesmo após o autor demonstrar a incontrovérsia ou evidência do fato constitutivo de seu direito¹⁶⁸.

¹⁶⁵ BERTOLDI, M. M. Tutela Antecipada, Abuso Do Direito E Propósito Protelatório Do Réu. in: THEODORO JUNIOR, H.; *et al.* **Aspectos Polêmicos Da Antecipação De Tutela**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 312.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 312.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 314.

¹⁶⁸ MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência a Tutela da Evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 333-334.

Dessa forma, para o doutrinador, toda defesa carente de fundamentos robustos, mas que ainda assim exija uma dilação probatória que acabe por prolongar injustificadamente o decurso processual sem alterar a solidez dos argumentos da parte autora, deve ser considerada abusiva e justificar a antecipação da tutela com base no inc. I do art. 311:

Quando os fatos constitutivos são incontroversos ou estão evidenciados, o exercício da defesa, mediante a produção de provas, somente não é abusivo quando a defesa não é infundada ou destituída de seriedade. A defesa infundada que protela a tutela jurisdicional do direito evidente é abusiva, abrindo oportunidade à tutela antecipada de evidência (art. 311, CPC).¹⁶⁹

É com base nesta premissa, de uma leitura ampliativa do dispositivo em análise, que parte da doutrina processualista¹⁷⁰ passou a conceituá-lo como uma *cláusula geral da tutela da evidência* ou sua *regra aberta*, "que permite a antecipação da tutela sem urgência em toda e qualquer situação em que a defesa do réu se mostre frágil diante da robustez dos argumentos do autor – e da prova por ele produzida"¹⁷¹.

Este inciso I, portanto, que se faz consagrado no sistema processual brasileiro desde 1994 com sua inserção no Código revogado, constitui o instrumento primário e genérico para a aplicação da técnica de antecipação da tutela jurisdicional no procedimento comum, consagrando a evidência do direito do autor através das provas pré-constituídas por ele apresentadas, acrescida da insubsistência da defesa do réu para desconstituí-las.

É também através desta leitura ampliativa que Daniel Mitidiero explica que a esta técnica processual não pode ser atribuída uma natureza sancionatória, não sendo esta a sua finalidade.¹⁷² Isso porque já existem outros meios processuais destinados exclusivamente a inibir comportamentos ilícitos das partes na condução processual, tais como a multa por litigância de má-fé prevista no art. 81 do CPC ou a responsabilidade das partes por dano processual prevista em seu art. 79.

Sua função no processo se dá única e exclusivamente enquanto instrumento de distribuição isonômica do tempo entre os litigantes, visto enquanto ônus processual:

¹⁶⁹ MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência a Tutela da Evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 343.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 333-343; MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 160; MAZINI, P. G. R. R., *Op. Cit.*, p. 40-42.

¹⁷¹ MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 160.

¹⁷² MITIDIERO, D. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, jul. 2011, p. 42.

Isso quer dizer que a tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC [inc. I do art. 311 do Código atual], *não pode ser tomada como tutela antecipatória sancionatória*. Não é a sua natureza. A tutela antecipatória fundada em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu constitui mais propriamente tutela antecipatória fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes. Trata-se de tutela antecipatória da simples evidência.¹⁷³

Mesmo afastando a natureza sancionatória que poderia ser interpretada do dispositivo, é inegável que dele decorre um efeito secundário de condicionamento da atuação das partes no processo, que abrem mão de estratégias meramente protelatórias - pois estas deixam de produzir o efeito esperado - para se preocupar em trazer argumentos minimamente razoáveis ao enfrentamento das teses da parte contrária, sob pena de ver o bem da vida que está em seu poder ser prontamente retirado para a satisfação da pretensão de seu oponente.

Bruno Bodart aponta que a existência deste instrumento processual é um “fator de desencorajamento” de condutas lesivas e meramente protelatórias, que acabam por prejudicar não apenas a parte contrária, mas o sistema de prestação jurisdicional como um todo:

A mera existência de um instrumento célere e eficaz de correção de injustiças, tal qual a tutela de evidência prevista no CPC/2015, é fator de desencorajamento para aqueles que estruturam suas atividades pautados pela demora patológica dos processos, praticando injustiças de forma sistemática para beneficiar-se dos casos que não serão corrigidos pelo Estado-juiz – na França, convencionou-se denominar esse fenômeno como ‘efeito dissuasivo do référé provision’¹⁷⁴

Como se vê, a possibilidade de concessão de uma tutela antecipada de natureza satisfativa e com base em evidência, se bem aplicada na prática forense, acaba por retirar a própria razão de ser das táticas de defesa abusiva pela parte ré, uma vez que não poderá mais, com este tipo de conduta, postergar a plena satisfação da pretensão da parte autora apenas para manter pelo maior tempo possível a situação de injustiça que se consolidou em seu favor.

A segunda hipótese legal em que a evidência do direito do autor se faz constatada com base na defesa insubsistente apresentada pelo réu é a que encontra previsão no inciso IV do art. 311 do CPC, segundo o qual a tutela da evidência pode ser concedida quando “a petição inicial for instruída com *prova documental suficiente dos fatos constitutivos* do direito do autor, a que o réu *não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*.”

¹⁷³ MITIDIERO, D. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, jul. 2011, p. 43.

¹⁷⁴ BODART, B. V. R. *Op. Cit.*, p. 151.

A uma primeira leitura, infere-se que o texto normativo consagra justamente a hipótese em que o autor torna evidente o seu direito através de provas pré-constituídas¹⁷⁵, cuja idoneidade não consegue ser abalada pelas provas apresentadas pelo réu em sua contestação, justificando a concessão da tutela antecipada em caso de necessidade de dilação probatória.

A hipótese, portanto, se confundiria com a leitura ampliativa do conceito de abuso de direito de defesa apresentado anteriormente, uma vez que a defesa infundada, por si só, pode ser considerada abusiva quando demonstrada a evidência das alegações da parte autora, justificando a antecipação da tutela com base no inciso I do art. 311.

Contudo, o presente trabalho adota a posição de que a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo do inciso IV é a que consagra a construção teórica desenvolvida pela doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, que propõe o uso da técnica antecipatória fundamentada em evidência de forma integrada à regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no art. 373 do Código Processual.¹⁷⁶

Esta regra há muito tempo consagrada em nosso sistema processual distribui o ônus probatório entre as partes litigantes com base na natureza do fato que se pretende provar: ao autor, é atribuído o ônus de comprovação dos fatos constitutivos de seu direito (inc. I), enquanto ao réu incumbe a comprovação de existência dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (inc. II).

Tais fatos a serem comprovados pelo réu constituem o que a doutrina processualista convencionou chamar de sua *defesa indireta*, uma vez que não negam as alegações da parte autora, mas demonstram a existência de elementos supervenientes que impedem, modificam ou extinguem o direito por ela invocado.¹⁷⁷ É o exemplo da comprovação, pelo réu, do adimplemento de sua obrigação em uma ação de cobrança (fato extintivo), ou ainda a demonstração de prescrição da dívida (fato impeditivo).

¹⁷⁵ Apesar da literalidade do dispositivo mencionar somente a prova documental, filia-se ao entendimento doutrinário de que também se aceita, em tais casos, a prova documentada pré-constituída, a exemplo da prova emprestada, cf. MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência a Tutela da Evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 337; e MAZINI, P. G. R. R., *Op. Cit.*, p. 44.

¹⁷⁶ MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência a Tutela da Evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 338: “Mas o inciso IV melhor se aplica à hipótese em que há prova documental dos fatos constitutivos e o réu apresenta defesa de mérito indireta – alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos – infundada.”

¹⁷⁷ DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 21. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 741.

Com inspiração na técnica de *condenação com reserva de exceção* do direito processual italiano, Marinoni propõe que a regra de distribuição do ônus probatório seja interpretada em uma dimensão dinâmica, que leve em consideração também o tempo exigido por cada uma das partes para a produção destas provas. Assim, "não só a produção da prova, mas também o tempo para tanto, constituem ônus que devem ser repartidos entre os litigantes."¹⁷⁸

Dessa forma, o tempo, tomado enquanto ônus processual, passa a ser isonomicamente distribuído entre as partes do processo à medida que cada uma delas necessitar dele para se desincumbir do seu ônus probatório. E o instrumento processual adequado para realizar esta distribuição é justamente a técnica antecipatória fundamentada em evidência, ao permitir a satisfação da pretensão da parte autora quando esta já logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos de seu direito e o réu ainda precisa de tempo para comprovar os supostos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que lhe incumbe.

Nas palavras do doutrinador:

Se o fato constitutivo é incontroverso não há racionalidade em obrigar o autor a esperar o tempo necessário à produção da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, uma vez que o autor já se desincumbiu do ônus da prova e a demora inerente à prova dos fatos cuja prova incumbe ao réu certamente o beneficia.¹⁷⁹

A antecipação da tutela nesta hipótese se justifica quando a parte autora embasa suas pretensões jurídicas com um suficiente conjunto probatório pré-constituído, contra o qual o réu não consegue opor prova "capaz de gerar dúvida razoável", apresentando *defesa indireta infundada* que, inobstante a ausência de solidez de seus argumentos, condiciona o feito ao ingresso em sua fase de dilação probatória, impedindo seu julgamento antecipado.

A partir desta linha de raciocínio, Paulo Guilherme Mazini desenvolve o entendimento de que a medida antecipatória em tais casos representa o instrumento adequado a livrar a parte autora dos encargos da dilação de um período de tempo processual que não lhe trará nenhum proveito, pois, "do contrário, o autor seria compelido a suportar todo o percurso

¹⁷⁸ MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência a Tutela da Evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 285.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 284-285.

processual necessário para o réu desincumbir-se do ônus da prova de uma defesa de mérito indireta suscitada”.¹⁸⁰

Portanto, a evidência do direito do autor que fundamenta a concessão da técnica antecipatória prevista no art. 311, inc. IV, se faz constatada através da robustez das provas pré-constituídas - de natureza documental ou documentada - por ele juntadas já na propositura da demanda, ou ainda através da incontrovérsia dos fatos constitutivos, por não ter sido sua existência diretamente contestada pela parte ré, nos termos do art. 374, inc. III, do CPC.¹⁸¹

Esta incontrovérsia dos fatos constitutivos pode ainda se ver configurada no processo quando o réu apresenta argumentos incompatíveis para defender sua posição jurídica, ora negando a existência dos fatos constitutivos, ora tomando-os como verdadeiros para sustentar a superveniência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo.¹⁸² Essa junção incompatível de argumentos é feita através do abuso do princípio da eventualidade de sua Contestação, em violação às diretrizes processuais de lealdade e cooperação exigida das partes.

Assim, Marinoni sustenta que, na maioria dos casos, haverá uma incompatibilidade lógica entre a apresentação de uma defesa de mérito direta, se negando o fato constitutivo, e uma defesa indireta, que parte do reconhecimento do fato constitutivo da parte autora para sustentar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo que o neutralize. Em razão desta incompatibilidade, o doutrinador entende que, em regra, a apresentação de uma defesa indireta equivale à não contestação dos fatos constitutivos pelo réu,¹⁸³ que passa a ser visto como incontroverso no processo.

E, uma vez incontroversos os fatos constitutivos, nos casos em que a antecipação da tutela de evidência seja concedida em razão da apresentação de uma defesa indireta infundada pela parte ré, ela é tomada com base em uma cognição exauriente a respeito dos fatos constitutivos, que não serão mais objeto de prova. A sumariedade, portanto, se dá exclusivamente no plano dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu, e que exigirão tempo de dilação probatória para tentar comprová-los. Mais uma vez, esta conclusão nos é apresentada pela doutrina de Marinoni:

¹⁸⁰ MAZINI, P. G. R. R., *Op. Cit.*, p. 45.

¹⁸¹ "Art. 374. Não dependem de prova os fatos: (...) III - admitidos no processo como incontroversos;"

¹⁸² MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 76.

Note-se que o juiz, ao conceder a tutela da evidência, tem cognição exauriente sobre a alegação dos fatos constitutivos e cognição sumária em relação ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo. De modo que a cognição é sumária sobre parcela do mérito¹⁸⁴

Este entendimento de que o inciso IV do art. 311 do CPC consagra a possibilidade de distribuição do tempo do processo com base na regra de distribuição do ônus probatório também é compartilhado pela doutrina de Bruno Bodart, para quem o dispositivo legal constitui uma verdadeira adoção da técnica de julgamento com reserva de exceções no sistema processual brasileiro quando aplicada diante da apresentação de uma defesa indireta inconsistente:

O art. 311, IV, do CPC/2015 adota a técnica da condenação com reserva de exceções, (...). São decisões prolatadas com base em cognição exauriente em relação aos fatos constitutivos do direito do autor e sumária quanto aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos daquele direito. Ora, se o réu tem o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante, por que incumbiria ao autor suportar o tempo necessário à produção da prova tendente à demonstração de um fato que não o beneficia?¹⁸⁵

A partir dessa análise, infere-se que a hipótese normativa do inciso IV, ao possibilitar a antecipação da tutela jurisdicional diante da apresentação de defesa indireta insubsistente, constitui o mais característico instrumento processual de distribuição isonômica do ônus do tempo do processo entre as partes, ao fazê-lo com base na regra do ônus probatório que é incumbido a cada uma delas.

Enquanto o inciso IV se dedica às hipóteses de apresentação, pelo réu, de *defesa indireta*, pode-se dizer que na “cláusula geral” do abuso de defesa prevista no inciso I - e previamente analisada - podem ser enquadrados os casos em que a evidência do direito da parte autora se faz constatada com a apresentação de uma *defesa direta*, igualmente infundada, pelo réu.

Nesse caso, não se pode conceber uma cognição exauriente para os fatos constitutivos, uma vez que estes são negados na contestação e exigirão dilação probatória. Contudo, a fragilidade dos argumentos apresentados pelo réu, insuficientes para desconstituir a evidência do direito da parte autora, justificam a concessão da técnica antecipatória. Neste

¹⁸⁴ MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência a Tutela da Evidência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 285.

¹⁸⁵ BODART, B. V. R. *Op. Cit.*, p. 138-139.

cenário, Marinoni aponta que não ocorre uma distribuição do ônus do tempo como na defesa indireta, mas sim sua *inversão* entre as partes:

Nesta hipótese não existe propriamente distribuição, mas sim inversão do ônus do tempo do processo. Embora o tempo seja gasto para elucidar os fatos constitutivos, justifica-se a sua inversão em razão da circunstância de a defesa não ser revestida de fundamento ou seriedade capaz de colocar em dúvida a prova produzida pelo autor.¹⁸⁶

De qualquer modo, em ambos os casos está-se diante de hipóteses que justificam uma gestão racional do tempo processual pelas partes e pelo magistrado, permitindo, através da técnica antecipatória fundamentada em evidência, que seu decurso não constitua um pesado encargo a ser injustamente suportado pela parte que já demonstrou a maior subsistência de suas alegações e que provavelmente terá razão ao final do processo.

Sem se olvidar a importância dos outros dois institutos ainda pendentes de análise, entende-se no presente trabalho que os incisos I e IV do art. 311 constituem o núcleo essencial do instituto da tutela da evidência, quando tomada enquanto técnica de distribuição isonômica do ônus do tempo processual entre as partes, uma vez que a evidência do direito da parte autora é inferido não somente com base nos elementos probatórios por ela apresentados, mas também pelo exercício do contraditório de maneira insuficiente pelo demandado.

Uma evidência, portanto, inferida através do comportamento mútuo das partes no processo.

3.4 A EVIDÊNCIA DECORRENTE DE PRESUNÇÃO LEGAL

O segundo grupo de hipóteses normativas previstas no art. 311 do CPC que possibilitam o uso da técnica antecipatória é o que utiliza como fundamento a evidência constatada através de uma presunção legal¹⁸⁷. Nestes casos, há uma opção legislativa por entender que, em determinadas situações, o direito reivindicado pelo autor mostra-se plausível o suficiente para a antecipação da tutela mesmo antes da apresentação de uma defesa insubsistente pelo réu.

¹⁸⁶ MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 126.

¹⁸⁷ DOTTI, R. F.. Tutela liminar da Evidência e contraditório Prévio: quando é possível postergar o Direito de defesa?. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal** (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). 1ed. Erechim: Deviant, 2017, p. 241.

Em verdade, o que ocorre é uma antecipação do legislador, que "desde logo presume que a defesa será inconsistente"¹⁸⁸ em certos casos, uma vez que o réu dificilmente conseguirá apresentar argumentos suficientemente sólidos para desconstituir a evidência da parte autora.

A primeira situação em que isso se verifica se dá com a hipótese do inciso II, que permite a concessão da tutela da evidência quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em *juízo de casos repetitivos* ou em *súmula vinculante*".

Conforme aponta Rogéria Fagundes Dotti, este dispositivo é uma inovação trazida pelo Código Processual de 2015, que se destaca por constituir um ponto de aproximação entre os instrumentos de técnicas antecipatórias e a sistemática de precedentes vinculantes que a legislação buscou estabelecer:

Nesse ponto, a tutela da evidência tem um papel relevantíssimo a cumprir. Ela permite a aproximação da segurança dos precedentes com a celeridade processual, visando a um melhor resultado no que diz respeito à distribuição do ônus do tempo no processo.¹⁸⁹

Segundo a autora, sua grande utilidade se dá por permitir uma diminuição dos riscos inerentes à antecipação da tutela jurisdicional, pois, quando fundamentada em teses jurídicas já pacificadas em nosso sistema jurisprudencial, possuem uma menor chance de sofrer uma posterior reversão¹⁹⁰, que representa um inevitável dano ao réu cuja esfera jurídica foi injustamente objeto de intervenção.

Assim, se a parte autora apresentar uma pretensão devidamente comprovada através de prova documental e cujo embasamento jurídico esteja sedimentado em tese firmada em juízo de casos repetitivos ou em súmula vinculante, há uma presunção legal de que seu direito mostra-se evidente, justificando a aplicação da técnica antecipatória.

Ao analisar este dispositivo, a doutrina processualista vem questionando o motivo de o legislador ter limitado suas hipóteses de constatação às teses firmadas em juízo de

¹⁸⁸ MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 161.

¹⁸⁹ DOTTI, R. F.. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 21, 2015, p. 69.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 69.

casos repetitivos e em súmulas vinculantes.¹⁹¹ Isso porque o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 927, institui um sistema de precedentes que exige a observância obrigatória pelos juízes e tribunais pátrios a uma gama muito mais ampla de construções jurisprudenciais, tais como as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inc. I), acórdãos em incidente de assunção de competência (inc. III) e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inc. IV).

É com base nesta incoerência legislativa que Lucas Buril de Macêdo defende que o dispositivo do art. 311, inc. II, deve receber uma leitura sistêmica e ampliativa¹⁹², de modo a incorporar em suas hipóteses não apenas as teses firmadas em julgamentos de casos repetitivos e súmulas vinculantes, mas todas as hipóteses de julgamento do art. 927, em que se previu uma observância obrigatória pelo sistema jurídico brasileiro.

Este também é o entendimento adotado por Fredie Didier Junior, que propõe, através desta mesma interpretação sistemática, que sejam levados em conta todos os precedentes formados pelos Tribunais Superiores, cuja força vinculante é reconhecida no sistema jurisprudencial brasileiro:

Propõe-se, contudo, interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927. (...)

Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes, exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema.¹⁹³

De fato, parece acertada esta proposta de leitura extensiva do dispositivo do inc. II do art. 311, uma vez que não há motivo aparente para a sua limitação às hipóteses previstas em seu texto dentro de um sistema muito mais amplo de vinculação formal de precedentes de

¹⁹¹ Nesse sentido, MACÊDO, L. B. *Op. Cit.*, p. 528-530; MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 160; DIDIER JR., F. *et al.* **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 14. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 757; MAZINI, P. G. R. R., *Op. Cit.*, p. 45 e 86-87; DOTI, R. F. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 21, 2015, p. 67-71.

¹⁹² MACÊDO, L. B. *Op. Cit.*, p. 528-529.

¹⁹³ DIDIER JR., F. *et al.* **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 14. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 757.

Tribunais Superiores e da jurisprudência dos Tribunais de segundo grau¹⁹⁴, como é o instituído pelo Código de Processo Civil de 2015.

A segunda hipótese em que há evidência constatada por previsão legal é a instituída no art. 311, inciso III, que permite a antecipação da tutela quando "se tratar de *pedido reipersecutório* fundado em *prova documental* adequada do contrato de depósito".

Esta situação bem específica prevista em um instituto destinado a ser aplicado no amplo espectro do procedimento comum, apesar de causar estranheza à primeira vista, tem como justificada a sua inserção no diploma processual por uma opção do legislador, que decidiu extinguir a antiga ação de depósito prevista no revogado Código (arts. 901 e ss.) optando, contudo, por dedicar um instrumento processual que permita sua tutela diferenciada.

Conforme preleciona Paulo Guilherme Mazini:

A previsão normativa contida no art. 311, III, substituiu a ação de depósito específica prevista no Código revogado, que previa rito procedimental próprio para a entrega de bem objeto de contrato de depósito, sendo largamente utilizada nos contratos de alienação fiduciária em garantia, disciplinados no Decreto-Lei n. 911/69, posteriormente à tentativa frustrada de busca e apreensão dos bens alienados.¹⁹⁵

O autor defende ainda que, com sua inserção em um instrumento dedicado ao procedimento comum, a antecipação da tutela em situações de pretensão reipersecutória não está mais limitada aos casos em que é fundamentada em contrato de depósito, como era anteriormente¹⁹⁶. Assim, propõe-se uma leitura também extensiva do dispositivo, para que nele se enquadre todas as situações em que a parte autora busca a proteção de sua posse violada pelo devedor mesmo em casos desvinculados a um contrato de depósito.

Outro ponto do dispositivo que é objeto de atenção da doutrina é o elemento probatório necessário para a concessão da antecipação da tutela nesta hipótese normativa: o texto legal se limita a exigir a "prova documental do contrato de depósito". Contudo, Bruno Bodart, com base na jurisprudência firmada pelo STJ, esclarece que para se fazer constatada a evidência do direito da parte autora não basta a prova de existência de um contrato de

¹⁹⁴ Cf. MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 160.

¹⁹⁵ MAZINI, P. G. R. R., *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 43.

depósito, devendo-se também "reputar implícita ao dispositivo a exigência de comprovação da mora por meio do protesto ou de notificação extrajudicial"¹⁹⁷.

Este requisito implícito se faz imprescindível não apenas para se comprovar a legitimidade da pretensão reipersecutória da parte autora, mas também para demonstrar a prévia ciência do requerido a respeito do pedido da demanda¹⁹⁸, que justifique a antecipação da tutela satisfativa mesmo sem qualquer manifestação sua nos autos.

O diploma processual confere, no parágrafo único de seu art. 311, a possibilidade de concessão da antecipação da tutela em caráter liminar, quando a evidência estiver amparada em alguma das hipóteses dos dois incisos analisados no presente subcapítulo (incs. II e III). Em tais casos, a técnica antecipatória pode então ser utilizada logo no momento inicial da demanda, antes mesmo de haver qualquer manifestação da parte ré.

Contudo, o aludido dispositivo normativo vem sendo objeto de questionamentos por parte da doutrina processualista, que passou a discutir a constitucionalidade de uma antecipação de tutela concedida liminarmente, *inaudita altera parte*, em situações em que não haja urgência e perigo de dano irreparável, uma vez que constituiria uma desproporcional limitação ao exercício do Contraditório.

De fato, se por um lado há uma gritante necessidade de se distribuir o tempo do processo entre as partes - como vem sendo defendido no presente estudo -, esta deve ser feita através de critérios que compreendam a forma de sua atuação processual e da dinâmica de produção probatória. Mesmo se defendendo aqui a existência de uma presunção legal de que a defesa do réu será infundada, surge a dúvida quanto a possibilidade de o magistrado sequer precisar oportunizar uma manifestação do demandado antes de aplicar a técnica antecipatória.

Rogéria Fagundes Dotti entende pela constitucionalidade do dispositivo normativo, fundamentando-a com base na ideia de isonomia de tratamento das partes no processo e na noção de presunção legal de que o réu apresentará uma defesa insubistente nos casos em que é permitida a concessão liminar da tutela da evidência.¹⁹⁹

Segundo a autora, a mera manutenção da situação de injustiça que se busca reverter com o processo, nos casos em que o legislador fixou uma presunção da evidência do direito a

¹⁹⁷ BODART, B. V. R. *Op. Cit.*, p. 130.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 130.

¹⁹⁹ DOTTI, R. F.. Tutela liminar da Evidência e contraditório Prévio: quando é possível postergar o Direito de defesa?. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal** (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). 1ed. Erechim: Deviant, 2017, p. 240.

ser tutelado, constitui uma quebra do tratamento paritário entre as partes, inclusive durante o tempo necessário para que o réu apresente sua defesa. Essa isonomia só seria retomada quando ao evidente direito do autor for dada a mesma importância conferida à esfera jurídica do réu no processo. Isso porque "deixar de satisfazer, *in limine litis*, o mais que provável direito do autor é tão nocivo quanto o risco de eventual equívoco na decisão"²⁰⁰

Estendendo o estudo da análise da isonomia processual, Dotti trabalha também com a ideia de que ela deve ser vista a partir da lógica de equidade aristotélica, consagrada na célebre frase de Ruy Barbosa segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam²⁰¹.

Assim, a medida liminar nos casos legalmente previstos se justifica por ser um tratamento diferenciado aos direitos evidentes, com o precípua fim de manter a isonomia material mesmo diante de diferentes situações de probabilidade do direito:

Logo, nada justifica que um direito evidente tenha o mesmo tratamento que um direito meramente provável. (...)
Com efeito, se existem cargas distintas de probabilidade, logicamente deve haver tratamento legal também distinto. A concessão de liminares inaudita altera parte constitui assim apenas uma consequência dessa altíssima carga de probabilidade.²⁰²

Em contrapartida, são igualmente sólidos os argumentos suscitados por aqueles que entendem pela inconstitucionalidade de antecipação liminar, *inaudita altera parte*, dos efeitos da tutela quando fundamentada em evidência. Isso porque é inegável que a tão discutida postecipação do contraditório tem como inevitável consequência o seu exercício de maneira anormal, o que pode vir a trazer impactos negativos sobre a eficácia da influência da parte afetada na decisão judicial.

Nessa linha de entendimento, Lucas Buril de Macêdo defende que a concessão da antecipação da tutela em caráter liminar, impossibilitando o exercício prévio do contraditório, representa uma inevitável limitação desta garantia constitucional, que só se justifica nas situações em que seu exercício regular possa gerar dano a princípios igualmente

²⁰⁰ DOTTI, R. F.. Tutela liminar da Evidência e contraditório Prévio: quando é possível postergar o Direito de defesa?. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal** (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). 1ed. Erechim: Deviant, 2017, p. 241.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; BARBOSA, R.; MARTINS, F. P. **Oração aos moços**. Brasília: O Tribunal, 2006, p. 26.

²⁰² DOTTI, R. F.. Tutela liminar da Evidência e contraditório Prévio: quando é possível postergar o Direito de defesa?. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal** (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). 1ed. Erechim: Deviant, 2017, p. 242.

fundamentais, como é o caso do acesso à justiça e da efetividade do processo. Nestas hipóteses, a postecipação do contraditório é uma forma de "preservar o núcleo mínimo de todos os princípios envolvidos"²⁰³ na situação litigiosa.

Contudo, no caso da tutela da evidência, não se verifica um perigo de grave violação a estes princípios processuais fundamentais, ao menos não de modo tão agravado que possa atingir os seus núcleos e comprometer a prestação jurisdicional como um todo já no momento de propositura da demanda, que justifique a concessão de uma medida liminar.

Conclui, nesse sentido, Macêdo:

Nos casos de tutela de evidência pura não há qualquer perigo da demora, urgência ou qualidade da situação material que justifique a postergação do contraditório, direito fundamental do réu que deve ser preservado quando outras razões de igual dignidade não imponham o contrário.²⁰⁴

A partir dessa mesma lógica trabalha Paulo Guilherme Mazini, para quem o grande óbice à concessão liminar da técnica antecipatória de evidência se situa justamente em sua característica mais distintiva: a ausência de *periculum in mora*, por ser este o único requisito fático que justificaria uma postecipação do exercício do contraditório pela parte ré.

Em suas palavras:

Afinal, se estamos diante de uma técnica desprovida do requisito urgência, não haveria sentido em não aguardar-se a manifestação do réu antes da concessão da tutela, pois, do contrário, o princípio do contraditório restaria subvertido, especialmente porque não haveria outro direito fundamental em rota de colisão a ser acomodado para permitir o deferimento *in limine* da tutela da evidência.²⁰⁵

Entretanto, defende o autor que há situações específicas em que se possa conceber o uso da tutela de evidência em sede liminar, quais sejam, aquelas em que, além de constatada uma das hipóteses previstas no art. 311, inc. II ou III, esteja também presente um notável perigo de dano no caso concreto.

Note-se: mesmo presente este requisito típico da tutela de urgência, ainda se trata de uma técnica antecipatória fundamentada em evidência, uma vez que o principal fundamento para a sua concessão é a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em

²⁰³ MACÊDO, L. B. *Op. Cit.*, p. 531.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 531.

²⁰⁵ MAZINI, P. G. R. R., *Op. Cit.*, p. 76-77.

súmula vinculante ou pedido reipersecutório decorrente de contrato de depósito. O elemento do *periculum in mora* serve unicamente para justificar sua aplicação antes da oitiva do réu.

Somente em tais casos, diante de um conflito paritário entre as garantias fundamentais de efetividade da prestação jurisdicional e do efetivo exercício do contraditório, a concessão liminar da tutela de evidência faz-se viável com base em uma "valoração do juiz a partir da aplicação da máxima da proporcionalidade e suas máximas parciais da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito"²⁰⁶.

De fato, mesmo admitindo-se a necessidade de um tratamento diferenciado à tutela dos direitos evidentes, o exercício prévio do contraditório ainda parece ser uma barreira intransponível, seja em razão de sua característica de fundamentalidade, seja pela sua imprescindibilidade na formação de uma decisão judicial democrática, fruto da mútua interação entre as partes e o Juízo.

Em um cenário padrão de respeito às diligências e prazos processuais, a dilação temporal exigida para a oportunização da defesa do réu não se mostra suficientemente nociva à efetividade da prestação jurisdicional a ponto de justificar uma aplicação anormal e por vezes limitada deste instituto de importância elementar para a construção das bases de nosso sistema processual civil.

As razões de inconstitucionalidade do dispositivo ganham ainda maior relevância ao se levar em consideração as propostas de leituras ampliativas das hipóteses de aplicação dos incs. II e III do art. 311 do CPC, conforme previamente analisadas no presente estudo.

Se o reconhecimento de situações não expressamente positivadas para a concessão da técnica antecipatória de evidência é uma decorrência de sua dinâmica de funcionamento no sistema processual no qual se insere, a sua concessão liminar representaria uma inequívoca limitação de um direito fundamental, constitucionalmente consagrado - no caso, o contraditório - em situações não expressamente previstas em Lei, o que violaria o renomado princípio da legalidade insculpido no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal.

Assim, filia-se ao entendimento de que a previsão normativa do parágrafo único do art. 311 do CPC, ao prever a possibilidade de antecipação liminar da tutela jurisdicional com fundamento em evidência destituída de qualquer perigo de demora, incorre em insanável vício de constitucionalidade.

²⁰⁶ MAZINI, P. G. R. R., *Op. Cit.*, p. 80.

3.5 A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ATRAVÉS DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA FUNDAMENTADA EM EVIDÊNCIA

Compreendida esta função instrumental inerente à técnica antecipatória fundamentada em evidência e analisadas as hipóteses legalmente previstas para a sua aplicação, parece-nos claro que a sua inserção no sistema processual brasileiro está indissociada de uma tendência de efetivação e fortalecimento da garantia fundamental à duração razoável do processo, insculpida no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal.

Como anteriormente defendido, através da concepção do tempo como um ônus processual, atribui-se um novo sentido a esta norma fundamental, não mais englobando apenas um direito de que a subsequência de atos processuais ocorra de forma célere para que o tempo global de duração do processo seja razoável.

Mais do que isso, passa-se a extrair da diretriz constitucional uma necessidade de gestão racional²⁰⁷ do tempo processual e de suas consequências nocivas, de modo a distribuí-los isonomicamente entre as partes.

Esta leitura do direito fundamental à duração razoável do processo integrada à noção de isonomia processual é uma assunção da concepção de que o tempo é uma parte integrante dos atos processuais e inerente à natureza do processo, de modo que as consequências dele advindas não podem ser suportadas por apenas um dos litigantes.

Em um cenário de crise estrutural de intempestividade da prestação jurisdicional - conforme apresentado no capítulo anterior -, em que grande parte da morosidade processual é decorrente da própria inefetividade global do sistema de justiça, atingindo os jurisdicionados indistintamente, técnicas de distribuição do ônus temporal do processo como a antecipação da tutela fundamentada em evidência constituem "uma das maneiras de se enfrentar o dilema da falta de estrutura judicial e do enorme volume de processos."²⁰⁸

Para além de satisfazer antecipadamente a pretensão da parte autora, tutelando o bem jurídico por ela reivindicado no processo judicial, a técnica antecipatória possui a

²⁰⁷ BODART, B. V. R. *Op. Cit.*, p. 112.

²⁰⁸ DOTTI, R. F.. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 21, 2015, p. 66.

concomitante função de proteger e efetivar o direito fundamental a uma prestação jurisdicional tempestiva e efetiva, pois, como nos ensina a doutrina:

O legislador infraconstitucional, ao prever a técnica antecipatória, realiza a um só tempo todo o cabedal conceitual ligado ao Estado Constitucional: a tutela sumária visa a distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo, adequando-o às necessidades nele evidenciadas a fim de que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva aos direitos e em prazo razoável.²⁰⁹

Dessa forma, a técnica antecipatória, principalmente nos casos em que sua concessão é destituída de urgência, passa a ser vista como um instrumento de promoção do direito constitucionalmente consagrado a uma prestação jurisdicional em tempo razoável, proporcionando a um só tempo a manutenção de uma isonomia entre os litigantes e um remédio apto a amenizar os sintomas da crise institucionalizada de intempestividade judicial.

Note-se: antecipar a tutela provisoriamente não cura todos os males de uma morosidade processual. A prestação definitiva e a certeza jurídica que só pode ser conferida através da coisa julgada material ainda estarão sujeitas à espera de um longo processo que, se durar mais do que o tempo considerado razoável, ainda assim continuará a, de certa forma, violar essa garantia insculpida em nosso texto constitucional.

Antonio do Passo Cabral chega a afirmar que, mesmo com a antecipação da tutela jurisdicional, “enquanto o processo não é decidido em termos definitivos, as partes continuam com suas vidas dominadas por um estado de incerteza pernicioso”²¹⁰. Comentando sobre as tutelas de urgência, mas cujo raciocínio se faz perfeitamente aplicável à situação, Elton Venturi nos faz o alerta de que este tipo de provimento pode trazer ao sistema processual a falsa impressão de que se “libertaria o Poder Judiciário do ônus da entrega definitiva da prestação jurisdicional em curto tempo”²¹¹, desvirtuando a própria diretriz constitucional de razoabilidade de tempo na tramitação dos processos.

Contudo, sem desconsiderar a importância dos avisos passados pela doutrina, também não se pode negar que, ao assegurar uma pronta satisfação da pretensão do jurisdicionado, a técnica antecipatória tem o mérito de “fazer com que o tempo necessário

²⁰⁹ MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 78.

²¹⁰ CABRAL, A. do P., *Op. Cit.*, p. 74.

²¹¹ VENTURI, E. Direito à razoável duração do processo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito constitucional brasileiro. Vol. 1:** teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 842.

para o deslinde da controvérsia não se torne um fardo injustamente pesado para as partes”²¹², uma vez que passa a ser distribuído isonomicamente entre elas.

Mais do que isso, a leitura que se propõe, com o presente trabalho, da técnica antecipatória fundamentada em evidência é a que parte da consideração dos atributos formadores do direito fundamental à razoável duração do processo, cuja titularidade, deve-se lembrar, é igualmente atribuída ao autor e ao réu da relação jurídica processual.

Sim, pois enquanto ao autor este direito fundamental se consubstancia na exigência de tempestividade da prestação jurisdicional, através da efetiva alteração material da realidade fática para a tutela do direito reivindicado, ao réu também é assegurado um direito igualmente fundamental de lhe ser oportunizado o tempo necessário de dilação processual que possibilite o adequado exercício de sua ampla defesa e efetiva participação na discussão da causa, de modo a exercer real influência na formação da cognição judicial.

Ou seja, um processo com duração razoável de tempo não é aquele que preza pela celeridade de sua tramitação em detrimento de outras garantias processuais fundamentais. É, antes de tudo, um processo que leva em conta o tempo necessário ao efetivo exercício da ampla defesa e que assegura a plena composição do contraditório pelas partes, de modo que possam atuar ativamente na construção de uma decisão judicial democrática.

Nesse sentido, a técnica antecipatória de evidência, ao possibilitar a distribuição dos inevitáveis encargos decorrentes dessa dilação temporal, possibilita que a parte ré disponha do tempo que lhe é necessário para exercer plenamente sua defesa, utilizando-se dos instrumentos processuais à sua disposição, sem que com isso a parte autora se veja prejudicada com a manutenção de um estado de injustiça durante o trâmite processual.

A antecipação da tutela, quando bem aplicada, age como um instituto de proteção do direito fundamental à razoável duração do processo na esfera jurídica de todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica processual, assegurando ao autor uma resposta jurisdicional tempestiva ao passo que garante ao réu o tempo necessário para o exercício de sua defesa.

Ainda, há uma inequívoca projeção de sua funcionalidade para o plano jurídico-objetivo deste direito fundamental, uma vez que serve como instrumento de otimização da prestação jurisdicional, recompondo a erosão sofrida pela credibilidade abalada do Poder

²¹² DOTTI, R. F.. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 21, 2015, p. 66.

Estatutal em sua aptidão para a promoção da pacificação social. Esta também é a lição que nos é prelecionada por Bruno Bodart:

(...) a tutela de evidência não serve apenas ao interesse da parte. Tem importância para a administração da justiça como um todo, pois constitui uma estratégia de ação para a melhora da qualidade da prestação jurisdicional. Também não é um simples expediente destinado a combater os atrasos da justiça. Muito mais que isso, é um instrumento de moralização da vida jurídica, um instituto destinado a promover verdadeira revolução cultural, um duro golpe para aqueles que lucram com a impunidade gerada pela lentidão do Judiciário.²¹³

Quando a prática jurídica voltar seus olhos para a preciosidade deste instrumento processual e sua verdadeira operacionalidade dentro de nosso sistema de tutela jurisdicional - brevemente expostas no presente ensaio -, talvez passemos a finalmente vivenciar um momento de real efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo.

4 CONCLUSÃO

Como nos vem sendo incansavelmente alertado pelo setor mais metódico da doutrina, “é chegado o momento do ‘tempo do processo’ tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual”²¹⁴.

Com o presente trabalho de conclusão de curso, se pretendeu oferecer uma singela contribuição à construção deste longo caminho que, embora já tenha sido começado a ser trilhado - como se infere das importantes construções doutrinárias que sevem de fonte de pesquisa a este estudo - ainda tem muito o que se desenvolver na ciência jurídica.

Sua primeira parte foi dedicada a uma detida análise do instituto jurídico da duração razoável do processo, a começar pela construção normativa do status de direito fundamental que lhe fora atribuído e a sua interação com os demais elementos nucleares que compõem o sistema processual civil brasileiro.

Passou-se então a uma árdua tentativa de delimitação conceitual do que se pode conceber por “razoável duração”, entendendo-se que, muito mais do que mero dispositivo de aceleração do trâmite processual a todo custo, a norma fundamental tem como um de seus

²¹³ BODART, B. V. R. *Op. Cit.*, p. 151.

²¹⁴ MARINONI, L. G. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

principais elementos integrantes também o tempo necessário ao devido exercício da ampla defesa e da formação do contraditório.

Em seguida, estudou-se a sua titularidade, atribuída a todos os sujeitos da relação processual e respectivos interessados, bem como os efeitos que decorrem da dimensão subjetiva deste direito fundamental, em especial em casos de sua violação, e o respectivo surgimento de pretensões de natureza mandamental e ressarcitória destinadas à sua proteção ou à reparação dos danos causados por sua inobservância.

Através do exame de sua dimensão jurídico-objetiva, pretendeu-se compreender a concepção autônoma desta norma fundamental, desvinculada da esfera jurídica de seus titulares e centrada em sua análise enquanto elemento nuclear de nosso sistema processual, conformando a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em uma segunda parte do trabalho, o foco de estudo foi recentralizado para a análise do tempo do processo e suas consequências enquanto um ônus processual e da necessidade de sua isonômica distribuição entre as partes no procedimento comum. Estudou-se, assim, a existência de um instrumento especificamente destinado a este fim em nosso sistema processual, consistente na técnica antecipatória fundamentada em evidência.

Prevista no art. 311 do CPC, esta técnica processual, ao permitir a antecipação da satisfação da pretensão jurisdicional mesmo em casos destituídos de urgência, possibilita uma igual distribuição dos encargos decorrentes da dilação temporal do processo com base na força probatória das alegações das partes desenvolvidas ao longo do feito.

Assim, a partir da investigação das hipóteses legalmente previstas para a sua concessão e das interpretações doutrinárias a seu respeito, verificaram-se os casos em que a evidência do direito da parte autora se faz constatado com a apresentação, pelo réu, de uma defesa insubsistente - compreendidas nos incs. I e IV do dispositivo legal.

Por outro lado, compreendeu-se a existência de hipóteses em que este requisito decorre de expressa previsão legal, podendo-se inferir uma antecipação do legislador ao presumir que, nestas situações, a defesa apresentada pelo réu será infundada, tais como as hipóteses dos incs. II e III.

Também foram analisados alguns dos principais fundamentos invocados pela doutrina para se discutir o possível vício de constitucionalidade do parágrafo único do

dispositivo, ao permitir a concessão da tutela antecipada de evidência em sede liminar nas hipóteses dos incs. II e III, ou seja, antes de qualquer manifestação da parte ré no processo.

Por fim, com base em uma leitura da norma constitucional vinculada ao princípio da isonomia, procurou-se compreender esta técnica antecipatória fundada em evidência enquanto um instrumento de nosso sistema processual que tem como fim precípua o de servir à tutela do direito fundamental à razoável duração do processo, cuja titularidade é atribuída a ambos os sujeitos processuais através de manifestações distintas e complementares.

Sob essa ótica, verificou-se que a técnica processual garante ao autor uma resposta jurisdicional tempestiva e satisfativa - ainda que provisória - ao passo que garante ao réu o tempo necessário para o exercício pleno de sua defesa, sem que com isso nenhuma das partes tenha que injustamente arcar sozinha com os pesados encargos inerentes à dilação temporal do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de SILVA, V. A. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENHART, S. C. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARRUDA, S. M. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, H. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

BERTOLDI, M. M. Tutela Antecipada, Abuso Do Direito E Propósito Protelatório Do Réu. in: THEODORO JUNIOR, H.; *et al.* **Aspectos Polêmicos Da Antecipação De Tutela**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 309-331.

BODART, B. V. R. **Tutela de Evidência** – Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; BARBOSA, R.; MARTINS, F. P. **Oração aos moços**. Brasília: O Tribunal, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 22.006/DF (2015/0202841-0). Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 24 de agosto de 2015. **DJe**. Brasília, 27 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1383776/AM, Segunda Turma. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, 06 de setembro de 2018. **DJe**. Brasília, 17 set. 2018.

CABRAL, A. do P. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., F. *et al.* (Org.). **Novas tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o projeto de novo CPC. 1. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013. v. 1. p. 73-97.

CANOTILHO, J. J. G.. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso a justiça**. Tradução e revisão de NORTHFLEET, E. G. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

CARNELUTTI, F. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO, F. EC nº. 45. Reafirmação da garantia da razoável duração do processo. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, ano 8, n. 29, p. 115-124, jan.-abr. 2007.

CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRUZ E TUCCI, J. R. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 193-209, fev. 2011.

CRUZ TUCCI, J. R. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 72-28. abr./jun. 1992.

CRUZ E TUCCI, J. R. Garantia do processo sem dilações indevidas - Responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. In: ALMEIDA FILHO, A.; CRUZ, D. R. (Org.). **Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 365-391.

CRUZ E TUCCI, J. R. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 21. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., F. *et al.* **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 14. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2019.

DOTTI, R. F. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DOTTI, R. F. Julgamento parcial de mérito no CPC 2015: uma inovação para agilizar o resultado dos Processos. **Cadernos Jurídicos (OAB PR)**, Curitiba, v. 73, p. 55-56, out. 2017.

DOTTI, R. F. Julgamento parcial de mérito no CPC 2015: vamos deixar tudo como está?. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v. 30, n. 651, p. 68-70, abr./mai. 2017.

DOTTI, R. F. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 21, p. 59-75, 2015.

DOTTI, R. F. Tutela liminar da Evidência e contraditório Prévio: quando é possível postergar o Direito de defesa?. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de Direito Processual à luz da Constituição Federal** (em homenagem ao Professor Luiz Rodrigues Wambier). 1ed. Erechim: Deviant, 2017, p. 229-244.

FUX, L. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada.** São Paulo: Saraiva, 1996.

JOBIM, M. F. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KOEHLER, F. A. L. **A razoável duração do processo.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MACÊDO, L. B. Antecipação da Tutela por Evidência e os Precedentes Obrigatórios. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 521-550, abr. 2015.

MARINONI, L. G. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, L. G. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo. **Estação Científica (Ed. Especial Direito)**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out./nov. 2009.

MARINONI, L. G. La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso. **Revista de Derecho Themis**, n. 43, p. 45-51, 2001.

MARINONI, L. G. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 37, n. 0, p. 39-64, 2002.

MARINONI, L. G. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, L. G. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: parte incontroversa da demanda.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência a Tutela da Evidência.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MAZINI, P. G. R. R. **A técnica da evidência e a atuação de ofício do juiz na dimensão do direito fundamental à efetividade.** 2018. 154 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/55976>>. Acesso em: 12 out. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 33. ed São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDONÇA JR., D. O princípio da duração razoável do processo (a possível utilidade da norma). **Revista Direito e Desenvolvimento**, São Paulo, a. 1, n.2, p. 177-195, jul/dez. 2010.

MITIDIERO, D. **Antecipação da Tutela** – da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, D. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 27-66, jul. 2011.

MOREIRA, J. C. B. O desafio da celeridade na prestação jurisdicional. **Revista da EMERJ** – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, p. 70-84, out./dez. 2006.

MOREIRA, J. C. B. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, n. 205, p. 228-238, abr./jun. 2001.

PAIM, G. B. O référé francês. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 203, p. 99-118, jan. 2012.

ROSITO, F. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. **Revista de Processo**, v. 33, n. 161, p. 21-38, jul., 2008.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, O. A. B. **Do Processo Cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais** – Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, V. A. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

SOUZA, J. A. G.. A tríade constitucional da celeridade no processo: celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 1, p. 1-42, jan./abr. 2019.

SOUZA, J. A. G. **Duração razoável e celeridade**: a tempestividade do processo civil brasileiro em uma dimensão conflitual. 2017. 500p. Tese (doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2017. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=13156>. Acesso em: 05 jul. 2019.

TEIXEIRA, G. F. B.. A duração razoável do processo, o contraditório e o novo Código de Processo Civil. In: CAZZARO, K. (Org.). **Estudos de direito processual civil à luz da**

Constituição Federal: em homenagem ao professor Luiz Rodrigues Wambier. 1ed. Erechim: Deviant, 2017, v. 1, p. 99-108.

THEODORO JR., H. Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional - Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.

THEODORO JR., H. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 83-98, mar./abr. 2009.

VENTURI, E. Direito à razoável duração do processo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito constitucional brasileiro. Vol. 1:** teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 839-853.

WAMBIER, L. R.; ALVIM, T. C. A. Anotações sobre a efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 814, p. 63-70, ago. 2003.

WAMBIER, L. R.. Considerações em torno do redimensionamento da garantia constitucional do contraditório na nova sistemática processual. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**, Porto Alegre, v. 1, n. 9, p. 207-217, jul. 2018.